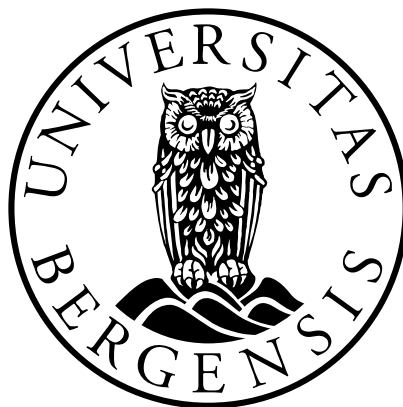


*Fleksibilitet eller forutberegnelighet? Lovgivers balansegang
ved formuleringen av de norske
straffebestemmelsene om forbrytelser mot menneskeheten*

*-Om den objektive gjerningsbeskrivelsen i Straffeloven 2005 § 102 bokstav k er tilstrekkelig
klart angitt til å tilfredsstille lovkravet i Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7*

Kandidatnummer: 207

Antall ord: 14918



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

”Særlig hvor det gjelder den almindelige straffelov maa landets borgere ha krav paa at faa klar beskjed om, hva de kan straffes for”. - Rt. 1933 s. 212

Til Emil

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 INNLEDNING	4
1.1 Tema og problemstillinger	4
1.2 Aktualitet	5
1.3 Fremgangsmåte og avgrensninger:	6
1.4 Rettskildebildet for nasjonale straffebud med folkerettslig opphav	7
1.5 Sentrale hensyn som møtes i strl. § 102 k	8
2 “OTHER INHUMANE ACTS” -HISTORIKK, KRITIKK OG VIRKEOMRÅDE	11
2.1.1 «Other inhumane acts» som grunnlag for straff – bestemmelsens historie.....	11
2.1.2 Internasjonal kritikk mot og aksept av «other inhumane acts»	12
2.1.3 Rettspraksis om «inhumane acts»	13
2.1.4 Hvor avklart er virkeområdet – utvikling og press mot yttergrensene.....	14
3 PRESISJONSKRAVET I GRL. § 96 OG EMK ART. 7	17
3.1 Innledning	17
3.2 Hjemmelskravet – hva skal presisjonskravet rette seg mot?	17
3.3 Om bruk av skjønsmessige vilkår	19
3.3.1 Rettslige standarder og Grunnloven § 96	19
3.3.2 EMK artikkel 7 og bruk av skjønsmessige eller vage vilkår:	20
3.4 Kravet til presis gjerningsbeskrivelse	20
3.5 Utvikling mot et strengere legalitetsprinsipp – og betydning for presisjonskravet ...	22
3.6 Reelle hensyn, formåls- og straffbarhetsbetraktninger i Høyesterett og EMD	23
3.7 Har lovgiver innført tolkningsprinsippet fra Roma-vedtektenes art. 22 (2) om rettsanvendelsestil til anklagedes gode eller ikke?	26
3.8 Oppsummering kapittel 3	28
4 ANALYSE AV STRL. § 102 BOKSTAV K	30
4.1.1 Bakgrunn	30
4.1.2 Hvilken valgfrihet har lovgiver hatt i formuleringen av kapittel 16, i lys av internasjonale forpliktelser?	30
4.2 Lovgivers vurderinger og valg i transformasjon	34
4.2.1 Kapittel 16 favner både Roma-vedtektene og folkerettslig sedvanerett	34
4.2.2 Om eksklusjon av policy-elementet	34

4.2.3	Om eksklusjon av Roma-vedtektene artikkel 7 2. og 3.ledd.....	35
4.3	Gjerningsbeskrivelsen i strl. § 102 bokstav k – gjennomgang av de enkelte vilkår..	36
4.3.1	“annen umenneskelig handling av liknende art”	36
4.3.2	«umenneskelig».....	37
4.3.3	“liknende art”	37
4.3.4	«alvorlig skade på kropp eller helse»	38
4.3.5	“store lidelser”	38
4.3.6	Valget mellom «store lidelser» og «stor fysisk og psykisk smerte»	39
4.4	Legalitetsprinsippets styrke når handlingene allerede er straffbare i medhold av annen lov	40
4.5	Oppsummering kapittel 4	43
5	KONKLUSJON OG AVSLUTTENDE DRØFTELSE	46
	Litteraturliste	49
6	VEDLEGG	60
6.1	Vedlegg 1: Straffeloven § 102 Forbrytelse mot menneskeheten.....	60
6.2	Vedlegg 2: Rome Statute Article 7 Crimes against humanity	62
6.3	Vedlegg 3: Völkerstrafgesetzbuch (VStGB) § 7 Verbrechen gegen die Menschlichkeit	65

1 INNLEDNING

1.1 Tema og problemstillinger

Temaet for denne avhandlingen er møtet mellom sterke kryssende hensyn på strafferettens område, og en analyse av om resultatet av de valg som er gjort i skjæringspunktet mellom disse tilfredsstiller legalitetsprinsippet i Grunnloven og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon¹. Hvor vagt kan en gjerningsbeskrivelse formuleres i et straffebud før den kan sies å ikke lenger sikre forutberegnelighet i tilstrekkelig grad?

Avhandlingen fokuserer på de norske bestemmelsene om forbrytelser mot menneskeheten i lov om straff 20. mai 2005 nr. 28² § 102, nærmere bestemt sekkebestemmelsen i bokstav k. For å regnes som en forbrytelse mot menneskeheten må en handling etter § 102 være foretatt som *«ledd i et systematisk eller utbredt angrep på en sivilbefolkning»*, og samtidig oppfylle den objektive gjerningsbeskrivelsen i et av alternativene a til k (om drap, utryddelse, tortur m.fl). Sekkebestemmelsen i bokstav k hjemler straff for den som begår *«en annen umenneskelig handling av liknende art som forårsaker store lidelser eller alvorlig skade på kropp eller helse»*. Bestemmelsen har opphav i de internasjonale tribunalene og er betegnet som en rest-kategori, hvis formål er å fange opp handlinger som ikke faller under øvrige kategorier, men er av tilsvarende alvorlighetsgrad. Bestemmelsen er nesten ordrett lik sitt opphav i Roma-vedtektene. Dens åpne formulering er imidlertid problematisk og setter sterke grunnleggende strafferettslige rettssikkerhetsgarantier på prøve.

I tillegg til overordnet problemstilling vil to sentrale underproblemstillinger belyses i avhandlingen. For det første om bestemmelsen sikrer forutberegnelighet ved å gjøre det tilstrekkelig klart hvor grensene går for hva som kan anses forbrytelser mot menneskeheten. For det andre i hvilken grad folkeretten forplikter statene til å anvende samme regel som i Roma-vedtektene. Det siste formuleres som et spørsmål om hvor fritt lovgiver står til å tilpasse formuleringen av bestemmelsene til nasjonale krav.

¹ Heretter EMK.

² Heretter strl. Henvising til Almindelig borgerlig straffelov 22.mai 1902 nr. 10 vil være strl. (1902).

1.2 Aktualitet

I 2008 fikk Norge egne straffebestemmelser for de internasjonale forbrytelsene folkemord, krigsforbrytelser og forbrytelser mot menneskeheten,³ under henvisning til komplementaritetsprinsippet i artikkel 17 i Roma traktaten av 1998 om opprettelsen av Den internasjonale straffedomstol.⁴ Artikkel 17 oppstiller ikke en plikt til kriminalisering, men gir statene det primære ansvaret for straffeforfølgning.⁵ Internasjonale eller universelle forbrytelser kjennetegnes ved at de bryter med folkerettslige regler og traktater, utgjør brudd på grunnleggende menneskerettslige verdier anerkjent av det internasjonale samfunnet, og ved at det anerkjennes en felles universell interesse i at de straffeforfølges.⁶ Roma-vedtektenes fortale forklarer at handlingene «*threaten the peace, security and well-being of the world*».

De norske bestemmelsene har langt på vei samme mønster og oppbygning som Roma-vedtektene,⁷ og er begrunnet i et sterkt ønske om å kunne straffeforfølge de alvorligste internasjonale forbrytelsene på en effektiv måte. Strl. § 102 k har foreløpig ikke blitt benyttet som selvstendig rettslig grunnlag for straff i en norsk straffesak.⁸

I tillegg til at slike forbrytelser kan begås i Norge i fremtiden, er tiltale aktuelt både for mennesker som kommer til Norge fra områder der det er begått folkemord, krigsforbrytelser og forbrytelser mot menneskeheten, og for nordmenn som har reist ut på eget initiativ for å kjempe i pågående konflikter. Norske styrker i militære oppdrag i andre stater kan måtte tiltales for krigsforbrytelser og forbrytelser mot menneskeheten.⁹ Eksempler på aktuelle situasjoner i verdensbildet siden 2008 inkluderer uroligheter, overgrep og borgerkrig i Syria¹⁰ (både fra statsstøttede styrker og enkeltstående organisasjoner),¹² Ukraina,¹³

³ Strl. kapittel 16 trådte i kraft 7.mars 2008.

⁴ Heretter Roma-vedtektene og ICC.

⁵ Robert Cryer m.fl.: *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 3.utg. Cambridge 2014 s. 81.

⁶ Antonio Cassese: *International Criminal Law* 3.utg. Oxford 2013 s. 20 og Terje Einarsen: *The Concept of Universal Crimes in International Law*, Oslo 2012 s. 20-22.

⁷ Bestemmelsene om forbrytelser mot menneskeheten er inntatt i vedleggene 1 og 2.

⁸ Det har i Norge vært vurdert å ta ut tiltale etter § 102 i 22.juli-saken, men som Riksadvokaten uttaler i et utdrag fra påtegningsdokumentet; «[d]et kollektive preget som denne bestemmelsen forutsetter, mangler utvilsomt i den aktuelle saken». Se Runar Torgersen: «Riksadvokatens redegjørelse i påtegning 2. mars 2012 for enkelte spørsmål om lovforståelsen mv. som ligger til grunn for terrortiltalen mot Anders Behring Breivik», *Tidsskrift for strafferett*-2012-248 s. 260.

⁹ Innst.O. nr.29 (2007-2008) pkt. 5.1.2.

¹⁰ <https://www.hrw.org/middle-east/n-africa/syria>

¹¹ <https://www.amnesty.org/en/documents/mde24/1370/2015/en/>

¹² <http://www.aftenposten.no/nyheter/uriks/Anklager-syriske-opprorere-for-forbrytelser-mot-menneskeheten-7336276.html>

¹³ <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16394&LangID=E>

Eritrea,¹⁴¹⁵ m.fl. De siste årenes fremvekst av organisasjoner som Boko Haram¹⁶ og IS¹⁷ kan med gruppenes fremferd klart utgjøre en kilde til strafforfølgning for internasjonale forbrytelser i fremtiden,¹⁸ noe som er aktuelt for Norge dersom medlemmer senere skulle ta opphold her.¹⁹ I tillegg til at norske myndigheter kan tiltale personer fra ovennevnte grupper på eget initiativ, kan man også få henvist saker fra internasjonale tribunaler.

De nye bestemmelsene er ansett som «*viktig for å unngå at Norge blir ansett som en frihavn for personer som er ettersøkt for slike handlinger*», ifølge tidligere justisminister Knut Storberget.²⁰

1.3 Fremgangsmåte og avgrensninger:

I avhandlingens første og andre kapittel etableres en kontekst for avhandlingen ved en oversikt over rettskildebildet, internasjonal historisk bakgrunn og en presentasjon av hensyn. Likeså presenteres en oversikt over handlinger som tidligere er ansett «other inhumane acts» i internasjonale tribunaler, sammen med internasjonal støtte og kritikk.

Avhandlingens hoveddel er kapitlene 3 og 4. Formålet i kapittel 3 er å etablere en norm for prøvingen ved å utlede hvilke krav som stilles i Grunnloven § 96 og Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 7 til presisjon og forutberegnelighet i norske straffebud. Normen utledes ved en analyse av rettspraksis fra Høyesterett og Den europeiske menneskerettsdomstol,²¹ samt betraktninger fra juridisk teori. I tillegg presenteres et tolkningsprinsipp fra internasjonal strafferett om rettsanvendelsestilstand til tiltaltes gode, uttrykt i Roma-vedtektene artikkel 22 (2).

Analysen av den norske sekkebestemmelsen er i kapittel 4. Her holdes lovgivers valg og vurderinger opp mot den normen som utledes i kapittel 3 og de hensyn og forpliktelser som

¹⁴ <http://www.newsweek.com/eritrea-may-have-committed-crimes-against-humanity-un-charges-new-report-340673>

¹⁵ <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/CoIEritrea/Pages/commissioninquiryonhrinEritrea.aspx>

¹⁶ https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/comm%20and%20ref/pe-ongoing/nigeria/Pages/nigeria.aspx

¹⁷ <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-29052144>

¹⁸ <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=50369#.Vf6CyRHtmko>

¹⁹ http://www.dagbladet.no/2015/06/01/nyheter/innenriks/pst/is-terror/den_islamske_stat/39442669/

²⁰ <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/norge-ingen-frihavn-for-krigsforbrytere/id489060/>

²¹ Heretter EMD.

det er redegjort for i de to første kapitlene. Ettersom presisjonskravet retter seg mot lovgiver vil dennes valg være hovedfokus i avhandlingen. Så langt det får betydning for avhandlingen vil det tas inn temaer knyttet til hvilke konsekvenser transformasjonsvalgene får for rettsanvendelsen.

Av plasshensyn blir andre sider ved spørsmålet, som tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97, de særlige virkninger som følger kapittel 16 (foreldelse, strafferamme, universaljurisdiksjon, forsett, kommandoansvar mv.) samt spørsmål knyttet til folkemord og krigsforbrytelser behandlet forholdsvis kort. Avsnittet om rettskildebildet vil redegjøre for overordnede prinsipper for tolkning av folkerettsregler, men ettersom den juridiske metoden fordrer en avhandling i seg selv vil kun de mest relevante problemstillingene løftes her.

1.4 Rettskildebildet for nasjonale straffebud med folkerettslig opphav

Kapittel 16 er en transformasjon av Roma-vedtektenes artikler 6-8, som innebærer at artiklene er gjort til norsk lov med de tilpasninger lovgiver har ansett nødvendig.²² Det folkerettslige opphavet utvider det tradisjonelle rettskildebildet. Norske lover skal søkes fastlagt i samsvar med folkerettslige forpliktelser så langt det lar seg gjøre, jf. presumsjonsprinsippet.

Komplementaritetsprinsippet i Roma-vedtektene begrunner dette ytterligere. Norske straffebud er imidlertid underlagt Grunnlovens regler om legalitet og lovskrav. I kapittel 3 vil grensene for bruk og vektlegging av øvrige rettskildefaktorer være et sentralt spørsmål. EMK artikkel 7 er gjort til norsk lov,²³ og statens forpliktelse til å sikre menneskerettighetene er grunnlovsfestet i § 92. For reglene i kapittel 16 er videre de folkerettslige traktatene Norge er part i sentral.²⁴

Utgangspunktet for tolkning av folkerettslige traktater fremgår i Wien-konvensjonen i artiklene 31-33. Artiklene anses uttrykk for folkerettslig sedvanerett ifølge Den Internasjonale Domstolen (ICJ),²⁵ og benyttes blant annet av EMD.²⁶ Traktater som resultat av forhandlinger

²² Innst. O. nr. 29 (2007-2008) pkt. 5.1.3.

²³ Jf. lov 21. mai 1999 nr. 30 §§ 2 og 3, som også gir EMK forrang ved motstrid.

²⁴ Roma-vedtektene, FNs folkemordskonvensjon fra 1948, Genèvekonvensjonene fra 1949, samt tilleggsprotokollene fra 1977. Det har, tross forsøk siste 60 år av Den internasjonale lovkomitéen, hittil ikke vært mulig å få til en internasjonal konvensjon om forbrytelser mot menneskeheten. (Se Bassiouni s. 171) Dette er imidlertid atter påbegynt, og et første utkast til innledende artikler ble presentert av ILC i juni i år. Gjerningsbeskrivelsen er der ordrett lik artikkel 7 i Roma-vedtektene.

²⁵ Arbitral Award of July 31 1989 *Guinea-Bissau v. Senegal*.

²⁶ Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europeiske menneskerettigheds konvention – for praktikere*, 3.utg. Danmark 2010 s. 21.

mellom stater er ofte uttrykt mer generelt enn nasjonale regler, og skal ikke tolkes for vidt. Som i norsk juridisk metode legger Wien-konvensjonen hovedvekt på ordlyden. Formål, praksis og andre folkerettsregler partene er bundet av er etter Wien-konvensjonen relevante rettskilder som kan gi veiledning til hvordan ordlyden skal forstås.²⁷ Dersom tolkningen likevel er uklar eller fører til resultater som er urimelig eller absurd, kan det sees hen til supplerende kilder så som forarbeider, jf. artikkel 32. Til sammenlikning har forarbeider en langt mer fremtredende rolle i Norge.

Ifølge forarbeidet til kapittel 16 skal artikkel 21 i Roma-vedtektene tas i betraktning ved tolkningen av de norske bestemmelsene.²⁸ Artikkel 21 fastslår at ICC først og fremst skal se hen til Roma-vedtektene selv og forbrytelselementene,²⁹ sekundært traktater og folkerettens regler og prinsipper. Dersom dette ikke gir løsning kan det sees hen til generelle prinsipper utledet av «*legal systems of the world*» og bestemmelsene i den stat som normalt ville utøvd jurisdiksjon. I artikkel 21 (2) og (3) fremgår henholdsvis at ICC kan vektlegge egne avgjørelser, og at bruk og tolkning skal være i tråd med internasjonalt anerkjente menneskerettigheter jf. artikkel 21 (3). Om Roma-vedtektene bør forstås i lys av Wien-konvensjonen er diskutabelt, ettersom man befinner seg på strafferettslig område og vedtektene har egne prinsipper for rettskildebruk («*applicable law*»).³⁰ Roma-vedtektene har også en egen bestemmelse (artikkel 22) om legalitetsprinsippet, som uttaler at «*[t]he definition of a crime shall be strictly construed*», som i likhet med Grunnloven kan gi øvrige kilder en mer begrenset vekt enn Wien-konvensjonen.

På enkelte områder har Norge såkalt sektormonisme. Etter strl. § 2 skal straffelovgivningen gjelde «*med de begrensninger som følger av overenskomster med fremmede stater eller av folkeretten for øvrig*». ³¹ Dette skal forstås som at folkeretten får virkning i den grad den går i anklagedes favør.³²

1.5 Sentrale hensyn som møtes i strl. § 102 k

²⁷ Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 3.utg. Oslo 2006 s. 92 flg.

²⁸ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 277.

²⁹ Heretter EoC.

³⁰ Se drøftelse om temaet av Dov Jacobs: «International criminal Law» i Jörg Kammerhofer og Jean D'Aspremont (eds), *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, s. 466 flg. Jacobs mener også at Roma-vedtektene gir begrenset anledning til å vektlegge folkerettslig sedvanerett.

³¹ Se også strpl. § 4.

³² Jf. Grønning, Husabø og Jacobsen s. 124, Matningsdal s. 30 og ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 397.

Formuleringen av sekkebestemmelsen i § 102 k setter en rekke grunnleggende hensyn i strafferetten på prøve. Hovedhensynet bak legalitetsprinsippets krav til presisjon i straffebud er forutberegnelighet. Reglene skal være tilgjengelige og så klart formulert at borgerne på forhånd skal kunne forstå hvilke handlinger som er straffbare, slik at de kan innrette seg i tråd med reglene. Klare og presist formulerte gjerningsbeskrivelser styrker forutberegneligheten. Likhetsbetraktning begrunner dette ytterligere. Med klare bestemmelser blir rommet for skjønn og med det risiko for ulike resultater redusert.

Inngrepets styrke er av betydning for kravet til presisjon. Ved tiltale for internasjonale forbrytelser, der både kategoriseringen av handlingene samt virkninger som universal jurisdiksjon, ingen foreldelse og en forhøyet strafferamme (30 år) innebærer store inngrep, kan det sies at kravet til forutberegnelighet er særlig sterkt. Straffebestemmelser transformert fra folkeretten kan utfordre kravet etter GrL § 96 om demokratisk legitimitet. Straffebudene er dannet på et overnasjonalt nivå, og det er regjering og ikke Stortinget som har deltatt i formuleringen av bestemmelsene. Man har i tillegg hatt begrenset påvirkning på lovgivningsprosessen.

Samtidig er det et åpenbart behov for å ha en slik «åpen kategori» for ikke å utelukke handlinger som klart er å anse som forbrytelser mot menneskeheten, men som lovgiver ikke har forutsett. Som fremholdt i St.prp. nr. 24 (1999-2000) er det her tale om «*meget sterke reelle hensyn*» som taler for å forhindre smutthull.³³ Handlingene som tidligere har vært straffet etter de tilsvarende internasjonale bestemmelsene viser at adferden er alvorlig, klart straffverdig, og til dels grusom. Cassese beskriver forbrytelser mot menneskeheten som “*particularly odious offences [which] constitute a serious attack on human dignity or a grave humiliation or degradation of one or more persons*”.³⁴

Om straffebudene formuleres for detaljerte, snevre eller statiske, vil de ikke være egnet til å følge utviklingen og fange opp nye handlinger. Dette taler for kortfattede, utviklingsdyktige og fleksible regler, i tråd med norsk lovgivningstradisjon.³⁵

Handlingenes natur er imidlertid egnet til å sette domstolen på prøve; det vil unektelig kunne være svært ønskelig å ilegge en reaksjon. En vag gjerningsbeskrivelse øker faren for at

³³ St.prp. nr. 24 (1999-2000) s. 57.

³⁴ Cassese s.90.

³⁵ Se bl.a. Ot.prp. nr. 8 (2007-2009) s.81.

domstolen i møte med handlingens natur legger mer i bestemmelsen enn opprinnelig ment og utvide virkeområdet. Dette utfordrer maktfordelingsprinsippet. Det kan imidlertid også få helt motsatt effekt; møtet med en svært vag bestemmelse kan medføre at domstol vil opptre tilbakeholdent, og innsnevre virkeområdet mer enn tiltenkt av lovgiver.

Hensynet til internasjonal rettsenhet, komplementaritet og effektiv straffeforfølgning tilsier at Norge bør ha en sekkebestemmelse, og at dens ordlyd tilsvarer regelen i Roma-vedtektene. En nordmann kan straffeforfølges ved et internasjonalt tribunal selv om ikke norsk rett har en slik bestemmelse. Sammen med lojalitetsplikten i traktatforhold utgjør dette sterke reelle hensyn som taler for å utforme og tolke norske bestemmelser i tråd med deres folkerettslige opphav. Bestemmelsene i kapittel 16 er et resultat av et felles internasjonalt ansvar som Norge tar sin del av. Likelydende bestemmelser letter internasjonalt samarbeid. Viktigheten av å unngå en fragmentering av internasjonal strafferett taler også for like regler og lik fortolkning. Likhetsbetraktninger og forutberegnelighet kan i tillegg til å begrunne presise regler samtidig også begrunne at straffebudet er så likt dets internasjonale opphav som mulig. Når bestemmelsen er gitt universal jurisdiksjon, vil man måtte ta hensyn til forutberegnelighet for en langt større krets enn for de «ordinære» straffebestemmelsene. Dersom ordlyd ved transformasjon forblir uendret fra Roma-vedtektene, er disse ifølge *Bassiouni* «*all sufficiently known throughout the world community to constitute notice to anyone of the prohibited conduct contained in these three provisions*».³⁶

De hovedhensyn som møtes her er da internasjonal rettsenhet sammen med ansvaret for å fange opp alvorlige internasjonale forbrytelser og forhindre straffrihet, mot hensynet til forutberegnelighet og maktfordelingsprinsippet. I møtet er hensynene på sitt sterkeste; det vil potensielt gjelde svært straffverdige handlinger, samtidig som man befinner seg i kjernen av det strafferettslige legalitetsprinsippet, med det inngrep det vil være å bli dømt for grove brudd på internasjonal strafferett.

³⁶ M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity, Historical evolution and contemporary application*, New York 2011 s. 350.

2 “OTHER INHUMANE ACTS” - HISTORIKK, KRITIKK OG VIRKEOMRÅDE

2.1.1 «Other inhumane acts» som grunnlag for straff – bestemmelsens historie

Formuleringen «other inhumane acts» opptrådte første gang i etterkrigsoppgjøret i Nürnberg,³⁷ og ble vedtatt i etterkant av handlingene. Det er omdiskutert hvorvidt dette innebar en krenkelse av tilbakevirkningsforbudet.³⁸

Etter at borgerkrig brøt ut i det tidligere Jugoslavia, fattet FNs sikkerhetsråd i 1993 resolusjon 808 om opprettelsen av Jugoslaviadomstolen.³⁹ Denne hjemlet blant annet straffansvar for forbrytelser mot menneskeheten begått i både internasjonal og intern væpnet konflikt.

Artikkel 5 lister forbrytelser i bokstavene a-h, og «other inhumane acts» i bokstav i. Likeså vedtok FNs sikkerhetsråd i 1994 resolusjon 955 etter folkemordet i Rwanda, og opprettet Rwandadomstolen.⁴⁰ Artikkel 3s forbrytelsesliste er lik Jugoslaviadomstolens, uten kravet om sammenheng med væpnet konflikt. En begrensning ble formulert i at handlingene måtte være begått «*as part of a widespread or systematic attack*» mot en sivilbefolkning.

Roma-vedtektene ble ikke til i sammenheng med en konkret konflikt. I 1996 vedtok ILC «*Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*», som i artikkel 18 definerte forbrytelser mot menneskeheten. Sekkebestemmelsen lød: «*Other inhumane acts which severely damage physical or mental integrity, health or human dignity, such as mutilation and severe bodily harm*».⁴¹ Utkastet dannet grunnlaget for Roma-konferansen i 1998, der vedtektene til domstolen og forbrytelsenes formulering ble forhandlet fram mellom statene.⁴² I dag er det 123 medlemsstater. Mens tribunalene gradvis hadde presisert rekkevidde og vilkår for «other inhumane acts», ble Roma-vedtektene art. 7 k formulert som «*[o]ther inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury*

³⁷ London Agreement of August 8th 1945 – Charter of the International Military Tribunal.

³⁸ Bassiouni s. 339 flg.

³⁹ http://www.Jugoslaviadomstolen.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_808_1993_en.pdf

⁴⁰ http://www.unmict.org/Rwandadomstolen-remembers/docs/res955-1994_en.pdf

⁴¹ Historisk oversikt: legal.un.org/ilc/guide/7_4.shtml

⁴² Utfyllende om tilblivelsen: <http://www.iccnw.org/?mod=icchistory>

to body or to mental or physical health».⁴³ ICC regner selv dette som en innskrenkning av og kontrast til tribunalenes tidligere vide rom for skjønn:

«the Statute has given to "other inhumane acts" a different scope than its antecedents like the Nuremberg Charter and the ICTR and ICTY Statutes. The latter conceived "other inhumane acts" as a "catch-all provision", leaving a broad margin for the jurisprudence to determine its limits. In contrast, the Rome Statute contains certain limitations, as regards to the action constituting an inhumane acts and the consequence required as a result of that action".⁴⁴

I tillegg til at artikkel 7 nevner 11 kategorier, valgte man å ytterligere presisere enkelte ord og uttrykk i definisjoner i et andre og tredje ledd, samt i EoC. For sekkebestemmelsens vedkommende ble det presisert i EoC at begrepet «character» refererer til *«the nature and gravity of the act»*.⁴⁵

2.1.2 Internasjonal kritikk mot og aksept av «other inhumane acts»

Det har blitt reist kritikk mot “other inhumane acts” som hjemmel for straff i både anerkjent internasjonal juridisk teori og av tribunalene selv. Schabas uttaler at “other inhumane acts” *«is probably the definition of CAH that creates the biggest difficulty with respect to the principle of legality, particularly in the views of positivistic legal systems»*.⁴⁶ Cassese omtaler sekkebestemmelsen (før Roma-vedtektene) som et ekstremt tilfelle på at de internasjonale straffebestemmelsene er *«loose in their scope and purport»*.⁴⁷ Cryer m.fl. forklarer at man i lys av legalitetsprinsippet må være klar over behovet for presisjon, men mener at Roma-vedtektene *«provides the necessary threshold»*.⁴⁸

Under forhandlingene til Roma-traktaten ble det uttrykt bekymring fra flere stater om at bestemmelsen var uakseptabelt vag, og at den sto i fare for å krenke legalitetsprinsippet.⁴⁹ Den

⁴³ Flere temaer i forbrytelser mot menneskeheten ble ansett avgjort av tribunalene, og lettet forhandlingene. Se Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R.W.D Jones (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford 2002s. 81.

⁴⁴ Prosecutor v Katanga and Ngudjolo PT.ch. I, Decision on the confirmation of charges, 30.september 2008 § 450.

⁴⁵ EoC s. 12 note 30.

⁴⁶ William A. Schabas: *The international criminal court, a commentary on the Rome Statute*, Oxford 2010 s. 411.

⁴⁷ Cassese s. 28.

⁴⁸ Cryer m.fl. s. 261.

⁴⁹ Roy S. Lee (ed), *The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute*, Haag 1999 s. 102, Cassese, Gaeta og Jones s. 78, samt Høringsnotat – straffebestemmelser om folkemord, forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelser 2007 s. 37.

forberedende komiteen for Roma-vedtektene var på samme grunnlag ikke komfortable med å inkludere sekkebestemmelsen.⁵⁰ Jugoslaviadomstolen har uttrykt kritikk mot Roma-vedtektene, for at disse feiler i å «*provide an indication, even indirectly, of the legal standards which would allow us to identify the prohibited inhumane acts*».⁵¹ Likevel har tilsvarende sekkebestemmelse blitt benyttet i en rekke dommer ved tribunalene, og ankekammeret i Jugoslaviadomstolen har også senere presisert at den er del av folkerettslig sedvanerett og ikke krenker prinsippet om *nullum crimen sine lege*.⁵²

2.1.3 Rettspraksis om «inhumane acts»

I Nürnberg-tribunalet ble blant annet økonomisk diskriminering, konfiskering, samt ran og plyndring av jødiske eiendeler ansett som «other inhumane acts»,⁵³ i nær sammenheng med mer alvorligere forbrytelser.

Rwandadomstolen har dømt som «other inhumane acts» seksuell vold i form av voldtekter, tvungen nakenhet og naken marsjering,⁵⁴ å tvinge en tredjepart til å bevitne tortur,⁵⁵ seksuell vold mot en død tutsi-kvinnes kropp, og medvirkning til drap og etterfølgende likskjending av en tutsi-leder.⁵⁶ *Tadic-dommen* fra Jugoslaviadomstolen hadde tidligere avvist likskjending som «other inhumane act», fordi handlingene måtte være begått mot levende mennesker.⁵⁷ Liks kjendingen ble derfor straffet som psykisk lidelse påført andre tutsier, og et «*serious attack on human dignity of the Tutsi community as a whole*». Jugoslaviadomstolen har dømt følgende handlinger som «other inhumane acts»: Vold og generell inhuman behandling,⁵⁸ å utsette fanger for brutale og dårlige leveforhold, og systematiske voldsepisoder,⁵⁹ å tvinge noen til å løpe nedover en bratt bakke mens disse ble skutt på,⁶⁰ tvungen forflytning,⁶¹

⁵⁰ Schabas s. 184.

⁵¹ Prosecutor v Kupreskic et al. T.ch. 14.januar 2000 § 565.

⁵² Prosecutor v Milomir Stakic, A.ch. Judgement 22.mars 2006 § 315, se også SCSL dom Prosecutor v. Brima et al. A.Ch. Judgement 22.februar 2008 § 198.

⁵³ Matthew Lippman: International Law and Human rights Edition; crimes against humanity, Boston College Third World Law Journal Vol. 17 iss. 2 1997 s. 171 på s. 201.

⁵⁴ Prosecutor v. Akayesu T.ch. Judgement, 2.september 1998 § 697.

⁵⁵ Prosecutor v. Kayishema, A.ch. 1.juni 2001, § 151.

⁵⁶ Prosecutor v. Niyitegeka T.Ch. I, 16.mai 2003.

⁵⁷ Prosecutor v. Tadic § 748.

⁵⁸ Prosecutor v. Tadic, T.ch. Judgement, 7.mai 1997, §730.

⁵⁹ Prosecutor v. Krnojelac A.Ch. Judgement 17.september 2003 (utdypet i note 153).

⁶⁰ Prosecutor v. Kordic and Cerkez, A.Ch. 17.desember 2004.

⁶¹ Prosecutor v. Brdanin, T.Ch. Judgement 1.september 2004, § 539.

lemlestelse,⁶² å skade fanger i arbeid, samt å bruke snikskyttere som forårsaker alvorlige skader og forsettlig avfyre granater mot områder der sivile vil bli alvorlig skadet.⁶³ I *Kupreskic and others* ble tiltalte Josipovi og Anti funnet skyldig i medvirkning til drap. I sammenheng med dette ble de funnet skyldig i «other inhumane acts» for lidelsen dette påførte offerets familie som bevitnet drapet, sammen med at hjemmet deres ble ødelagt.⁶⁴

I Sierra Leone-domstolen ble tvunget ekteskap funnet å konstituere «other inhumane acts».⁶⁵

I ICCs domstolsbehandling av arrestordren på Ali Kushayb ble medvirkning til alvorlig kroppsskade ved skyting regnet som «other inhumane acts».⁶⁶ Det samme gjaldt tvunget omskjæring, kastrasjon og lemlestelser i arrestordren mot *Mathaura m.fl.*,⁶⁷ I samme sak fant ICC at det å utføre brutale drap og etterfølgende lemlesting foran øynene på familiemedlemmer var å påføre dem «*serious mental suffering*» og at handlingene var «*comparable in their nature and gravity to other acts constituting crimes against humanity*».⁶⁸ Blant annet var en mann drept foran øynene på sin fem år gamle sønn, som siden ifølge vitnet hadde «*gone mad*».⁶⁹ Et tiltalepunkt for ødeleggelse av eiendom ble avvist, fordi det ikke var ført tilstrekkelig bevis for at det forelå «*serious injury to mental health*».

2.1.4 Hvor avklart er virkeområdet – utvikling og press mot yttergrensene

Under henvisning til legalitetsprinsippet har ICC uttalt at handlingene må utgjøre «*serious violations of international customary law and the basic rights pertaining to human beings, drawn from the norms of international human rights law*»⁷⁰. Videre må artikkel 7 k fortolkes konservativt og må “*not be used to expand uncritically the scope of crimes against humanity*”. Som fremgår av tidligere rettspraksis, er det grove kroppsskader og påføring av alvorlig psykisk skade eller smerte som er i kjernen av virkeområdet. Det finnes imidlertid inntil 12 ulike internasjonale definisjoner av forbrytelser mot menneskeheten, noe som

⁶² Prosecutor v. Kvocka et al. A.Ch. Judgement, 28.februar 2005.

⁶³ Prosecutor v. Naletilic and Martinovic, A.Ch. Judgement 3.mai 2006 § 435.

⁶⁴ Prosecutor v. Kupreskic §819.

⁶⁵ Prosecutor v. Brima et al., A.Ch. Judgement 22.februar 2008 §§ 197-203.

⁶⁶ Prosecutor v. Ali Muhammad Al Abd-al-Rahman PT.ch. I, (Ali Kushayb) Warrant for arrest, 27.april 2007 tiltalepunkt 17

⁶⁷ Prosecutor v. Mathaura et al. PT.ch. II, Decision on the confirmation of charges, 23.januar 2012.

⁶⁸ Prosecutor v. Mathaura et al. § 277.

⁶⁹ Samme sted § 276 jf. note 518.

⁷⁰ Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo § 448.

tydeliggjør den fragmentariske karakteren og en svakhet i sedvanerettsdannelsen.⁷¹ At det ikke til dags dato har vært mulig å få til en konvensjon tross 60 år med forsøk understreker dette ytterligere. Praksis knyttet til den siste og antatt snevreste definisjonen i Roma-vedtektene er sparsommelig.

Som eksempel på en handlingskategori som er uavklart nevnes ødeleggelse av eiendom. Å dømme dette som «other inhumane acts» strider mot Jugoslaviadomstolens resonnement i *Tadic*; «as a minimum, (...) «other inhumane acts» must consist of acts inflicted upon a human being».⁷² En tiltale for ødeleggelse av eiendom ble som nevnt også avvist av ICC, men kategorien ikke avvist som sådan. Begrunnelsen for å avvise tiltalepunktet var at det ikke var ført tilstrekkelig bevis (hyppighet, type og intensitet) for den psykiske lidelsen ødeleggelsen skulle ha forårsaket.⁷³ Saddam Hussein ble ifølge *Blinderman* i det nasjonale oppgjøret blant annet funnet skyldig i «other inhumane acts» i byen Ad-Dujayl for å ha ødelagt infrastruktur, orkideer og daddelpalmer, etter en bestemmelse (art. 12 (I) J) nesten identisk med den fra Roma-vedtektene.⁷⁴ Dommen er et eksempel som illustrerer hvordan en vag bestemmelse gir nasjonale domstoler under press og i affekt rom for kreativitet, og vil ikke få prejudikatsvekt ifølge *Blinderman* og *Jyrkkiö*.⁷⁵

Artikkel 7 k fra Roma-vedtektene ble referert til av Supreme Court of Venezuela for å ramme handlingene narkotikasmugling,⁷⁶ terrorisme⁷⁷ og barneprositusjon.⁷⁸⁷⁹ Dette til tross for at narkotikasmugling og terrorisme ble avvist som forbrytelseskategorier under Roma-forhandlingene.⁸⁰

Det er en pågående internasjonal diskusjon om hvilke forbrytelser som når opp til terskelen for forbrytelser mot menneskeheten, og hvilke nye typer handlinger som vil kunne omfattes.⁸¹

⁷¹ M. Cherif Bassiouni: «Crimes Against Humanity, The case for a specialized convention» *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 9 iss. 4.

⁷² Prosecutor v. Tadic § 728.

⁷³ Prosecutor v. Mathaura et al. § 279.

⁷⁴ Obs sekundærkilde ettersom dommen kun er tilgjengelig på arabisk. Baserer seg på artikkel Eric H. Blinderman: «Conviction of Saddam Hussein for the Crime against Humanity of Other Inhumane Acts», *Journal of International Law*, vol. 30 iss. 4 2009 s. 1239, samt omtale i Shabas (2010) s. 697.

⁷⁵ Blinderman s. 1260 flg. samt Terhi Jyrkkiö; «“Other inhumane acts” as crimes against humanity», *Helsinki Law review* 2011/1 s. 202.

⁷⁶ Dom 12. september 2001 Const.Ch. Judgement no. 1712, og dom 13. Juli 2006 Crim.Ch. Judgement no. 322.

⁷⁷ Dom 10. desember 2001 Crim.Ch. Judgement no. 869.

⁷⁸ Dom 25. april 2000 Crim.Ch. Judgement no. 487.

⁷⁹ Kilde: Schabas s. 185.

⁸⁰ Cassese, Gaeta og Jones s. 78.

⁸¹ Se f.eks. innlegg av professor Darryl Robinson: «The Mexican War on Drugs and the Boundaries of Crimes Against Humanity»: https://blog.casematrixnetwork.org/toolkits/eventsnews/op-ed/op-ed-robinson-on-crimes-against-humanity/?doing_wp_cron=1446405674.3585560321807861328125

Selv om den tradisjonelle kategorien har vært fysiske og væpnede angrep på sivilbefolkning, avgrenser ikke ordlyden mot også andre kategorier. Spørsmål har blitt stilt om miljøkriminalitet, transnasjonale økonomiske forbrytelser og ressurs-kriger (vann) kan nå opp til terskelen for forbrytelser mot menneskeheten.⁸² Som vist over, antas den vage gjerningsbeskrivelsen å medføre risiko for å utvanne virkeområdet ettersom flere og flere land implementerer bestemmelser som denne, og rettssystemene, skjønn og terskel varierer. Det er grunn til å fremheve at det kan være særlig betenkelig med en vag hjemmel der handlingene eller konteksten de skjer i vekker sterke følelser og straffverdighetstanker.⁸³

⁸² Disse kategoriene har vært fremholdt i forelesninger gitt av Storbritannias dommer i ICC, Howard Morrison. Se f.eks. http://issuu.com/adciety/docs/adc-icity_newsletter_issue_57/14 og <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/research/centres/cjc/news/?newsItem=094d434549a4d6820149bcc8c24e3f86>

⁸³ Se nedenfor punkt 3.6 om Rt. 1946 s. 198 Klinge-dommen.

3 PRESISJONSKRAVET I GRL. § 96 OG EMK ART. 7

3.1 Innledning

Det er et internasjonalt anerkjent forbud mot å dømme og straffe uten hjemmel i lov, formulert som *nulla crimen sine lege* (ingen forbrytelse uten lov) samt *nulla poene sine lege* (ingen straff uten lov). Det er i civil-law rettssystemer vanlig å igjen dele dette i fire prinsipper:⁸⁴ Lovbestemmelseskravet (*lex scripta*), presisjonskravet (*lex certa*), analogiforbudet, samt forbudet mot tilbakevirkning. I common-law rettssystemer samt hybridssystemer som EMD foretas en kvalifisert tilnærming til prinsippene, men domstolsskapte og sedvanebaserte regler tillates som hjemmel for straff.

Det er i det følgende presisjonskravet som er det sentrale, men hjemmelskravet behandles innledningsvis for å klargjøre hva presisjonen skal knytte seg til. Deretter behandles spørsmålet om hvordan Høyesterett og EMD forholder seg til bruk av skjønnsmessige vilkår i straffebud, før det redegjøres for hvilke konkrete krav til presisjon som oppstilles i rettsgrunnlagene. Avslutningsvis følger en drøftelse av om tolkningsprinsippet fra Roma-vedtektene artikkel 22 (2) «følger med» i transformasjonen.

3.2 Hjemmelskravet – hva skal presisjonskravet rette seg mot?

Grunnloven § 96: ordlyd som bærer av normen og forholdet til forarbeider

Grl. § 96 uttaler at «[i]ngen kan dømmes uten etter lov». Med «lov» menes formell lov. Det er ordlyden etter en naturlig språklig forståelse som her trekkes i forgrunnen som rettskildefaktor, og som skal formidle hva som er straffbart.⁸⁵ Presisjonskravet knytter seg da til selve straffebudet.

⁸⁴ Henry John Mæland, *Norsk alminnelig strafferett*, Bergen 2012 s. 85, samt Cassese s. 23 og Gröning, Husabø og Jacobsen s. 91.

⁸⁵ Magnus Matningsdal og Georg Fr. Rieber-Mohn (red), *Andenæs: Alminnelig strafferett*, 5. utgave, Oslo 2004 s. 115 jf. også s. 104.

Bruk av forarbeider som rettskildefaktor er utbredt i norsk rett, og mye av presiseringen av innholdet i lovene finnes her. Som nyere rettsutvikling klart viser tillegges ikke forarbeidsuttalelser vekt i straffbarhetsspørsmål dersom ikke lovgiverviljen kommer klart til uttrykk i selve straffebudet, jf. Rt. 2011 s. 469 (A), Samboer-dommen,⁸⁶ og Rt. 2014 s.238 (A), Hønsehauk-dommen.⁸⁷ Forarbeidene kan da sies å være til støtte for ordlyd, men ikke med som bærer av normen slik ordlyden er. Forutberegnelighet knytter seg først og fremst til loven. Det er også grunn til å problematisere om nasjonale bestemmelser som undergis universaljurisdiksjon i like stor grad som «ordinære» straffebud kan overlate viktige presiseringer til forarbeid. Et sentralt moment her er som presentert innledningsvis at forarbeider som rettskildefaktor ikke er gitt samme status i andre rettssystemer.⁸⁸

EMK artikkel 7: samlet rettstilstand som bærer av normen

EMK artikkel 7 nr. 1 lyder:

“no one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed (...)”.

EMK godtar både lov, domstolsskapt sedvane og folkerett som hjemmel for straff.⁸⁹ I motsetning til Høyesterett vurderer EMD den samlede rettstilstanden, jf. blant annet EMDs dom 15. November 1996 G.Ch. *Cantoni mot Frankrike* og *Sunday Times-dommen*.

Straffansvaret må være forutberegnelig, enten i klar lovbestemmelse eller fra presiserende rettspraksis. Presisjonskravet retter seg da etter EMK mot den samlede rettstilstanden. Aall mener at presisjonskravet «gjennomgående (...) vil være lettere å overholde ved formell lov».⁹⁰ Likevel er det slik at EMK setter høye krav til hjemmel som er utledet av praksis. Rettsgrunnlaget må uansett oppfylle “*qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability*».⁹¹

⁸⁶ Avsn. 12 og 18.

⁸⁷ Avsn. 18 og 24, sitat nedenfor i punkt 3.6.

⁸⁸ Jon Petter Rui Johansen: «Komparasjon innen strafferett og straffeprosess», *Tidsskrift for strafferett* 2009 s 434-468 s. 451

⁸⁹ Jf. både Gröning, Husabø og Jacobsen s.92, EMD dom 26.april 1979 *Sunday Times mot Storbritannia* avsn. 47 og dom av 17.mai 2010 G.Ch. *Kononov mot Latvia* avsn. 185.

⁹⁰ Jørgen Aall: *Rettsstat og menneskerettigheter* 3. utgave Bergen 2011 s. 120.

⁹¹ Dom av 17.mai 2010 G.Ch. *Kononov mot Latvia* avsn. 185.

3.3 Om bruk av skjønnsmessige vilkår

3.3.1 Rettslige standarder og Grunnloven § 96

Norsk lovgiver har tradisjonelt benyttet en del såkalte rettslige standarder, med formuleringer som fordrer en viss grad av skjønn, og som er vage og vurderingsbestemte.⁹² Lovene kan da holdes kortfattet, samtidig som de er egnet til å fange opp nye straffbare handlinger i takt med samfunnsutviklingen. Samtidig utfordres både forutberegnelighet og maktfordelingsprinsippet. Dersom formuleringen blir for generell, ville man ifølge Andenæs «gjeninnført den ordning at dommeren har fri adgang til å ilegge straff for en handling som han finner straffverdig».⁹³

Vilkår som «utilbørlig opptreden» i strl. (1902) §325 nr. 3, «hensynsløs atferd» i strl. (1902) § 390a er eksempler på rettslige standarder. Gröning, Husabø og Jacobsen fremholder strl. § 387 om korrupsjon som et eksempel, og forfatterne mener det i straffebudet ligger en «stor grad av normativt skjønn».⁹⁴ Bestemmelsen hjemler straffansvar for den som gir eller mottar en «utilbørlig fordel» i forbindelse med stilling, verv eller oppdrag. Høyesterett fremholder i Rt. 2014 s. 786 (A) (om «utilbørlig» i strl. (1902) § 276a) at det i sin alminnelighet er betenkelig å benytte rettslige standarder i strafferetten.⁹⁵

Juridisk litteratur viser ofte til rt.1958 s. 479 (P) Mykle-dommen, som gjaldt om boken «Sangen om den røde rubin» var å regne for «utuktig skrift» jf. daværende strl. (1902) § 211 1b. Til tidligere anførsel (i lagmannsretten, trukket for Høyesterett) om at bestemmelsen var i strid med Grl. § 96, uttaler Høyesterett at påstanden ikke ville ført frem. Det ble imidlertid uttalt at man ved tolkning og anvendelse av straffebud måtte ha for øye de «grunnleggende prinsipper som Grunnloven §96 (...) bygger på til vern om borgerne». Høyesterett fant «under sterk tvil» at boken ikke var utuktig skrift. Mykle-dommen får gjenklang i Rt. 2005 s. 1628 (A), som gjaldt den rettslige standarden «støtende»: «[a]nvendelse av rettslige standarder som grunnlag for straffereaksjoner er ikke uproblematisk på bakgrunn av de

⁹² Mæland s. 85.

⁹³ Samme sted.

⁹⁴ Linda Gröning, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Forbrytelse og straff. Lærebok i alminnelig strafferett*, Bergen 2015 s. 97, se også Matningsdal s. 97.

⁹⁵ Rt. 2014 s. 786 avsn. 14.

hensyn som ligger til grunn for lovkravet i Grunnloven § 96», og «denne type straffebestemmelser må tolkes med varsomhet (...).»⁹⁶

3.3.2 EMK artikkel 7 og bruk av skjønsmessige eller vage vilkår:

EMD har aldri konstatert krenkelse alene på grunn av en bestemmelses vaghet.⁹⁷ Som i norsk rett aksepteres det i EMD til dels skjønsmessige og vage uttrykk. I *Cantoni mot Frankrike* var det tale om et forbud mot å selge “medicinal product”, som “[l]ike many statutory definitions (...) is rather general».⁹⁸ Det ble ikke funnet krenkelse av artikkel 7. EMD tar i dommen hensyn til at lovene må fange opp endrende omstendigheter, slik også de norske rettslige standardene begrunnes. Imidlertid var det avgjørende for EMD at rettspraksis knyttet til «medicinal products» i tilstrekkelig grad presiserte innholdet, og at rettstilstanden da var forutberegnelig for tiltalte. Dersom det hadde vært tale om et straffebud uten slik presiserende praksis, er det mindre sannsynlig at EMD ville funnet dette tilstrekkelig.

I norsk rett presiseres også innholdet i de rettslige standardene gjennom rettspraksis, men til forskjell fra EMK skal lovens ordlyd i norsk rett være bærer av normen jf. lovskravet, og etterfølgende presisering i domstolene inngår ikke som del av hjemmelsvurderingen i like stor grad. Dette kan tale for at det oppstilles et noe strengere krav til ordlyd etter EMK dersom det er tale om en nyere bestemmelse av vag natur, som enda ikke er tilstrekkelig presisert.⁹⁹

3.4 Kravet til presis gjerningsbeskrivelse

Presisjonskravet etter EMK art. 7

Av en rekke avgjørelser fra EMD, og senest oppsummert 20.oktober 2015 i *Vasiliauskas mot Litauen*, fremgår presisjonskravet som stilles etter EMK:

“Offences and the relevant penalties must be clearly defined by law (...) This requirement is satisfied where the individual is able to determine from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation

⁹⁶ Rt. 2005 1628 (A) avsnitt 16.

⁹⁷ Aall s. 122 se imidlertid note 37 om uenighet i påstanden.

⁹⁸ Avsn. 32.

⁹⁹ Jf. også Aall s. 124.

of it, what acts and omissions will make him criminally liable.”¹⁰⁰ I *Kononov mot Latvia og Andersson mot Sverige* fremgår i tillegg til dette at “[a] law may still satisfy the requirement of foreseeability even if the person concerned has to take appropriate legal advice to assess, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail.”¹⁰¹

At man må ha juridisk hjelp for å forstå området for det straffbare knytter seg til rettstilstand som hjemmel, og vil normalt ikke gjelde i norsk rett. Et mål i ny straffelov er at den «skal kunne leses og forstås av interesserte personer uten juridisk kompetanse».¹⁰² Høyesterett har oppsummert sin oppfatning av EMK art. 7s krav til gjerningsbeskrivelsen i Rt. 2009 s. 780 (A), Derivat-dom I. Spørsmålet var om GBL kunne anses som et «derivat» av GHB, og med det klassifiseres som «narkotika» i strl. § 162:

«For at hjemmelskravet etter EMK artikkel 7 skal være oppfylt, må [...] beskrivelsen være så klar at det i de fleste tilfeller ikke er tvil om hvorvidt handlingen omfattes av bestemmelsen, se storkammerdom 15. november 1996 i saken Cantoni mot Frankrike avsnitt 32.»

Presisjonskravet etter Grl. § 96

Høyesterett anser at “Grunnloven stiller samme krav til klarhet i angivelse av det straffbare forholdet som EMK artikkel 7”.¹⁰³ Grunnloven § 96 forstås slik at den oppstiller et minstekrav til presisjon av lovregler som hjemler straff.¹⁰⁴ Hvor nedre grense går for hvor vag en bestemmelse kan utformes er ikke åpenbart. Høyesterett har i likhet med EMD aldri satt en bestemmelse til side på grunn av dens ubestemthet.¹⁰⁵ Domstolen synes å møte vaghet med en innskrenkende fortolkning eller en vurdering av om handlingen reelt sett kan sies å ligge i kjernen av straffebudet eller ikke.¹⁰⁶

Av nyere rettspraksis er det oppstilt strenge krav til hvor langt utenfor kjernen av ordlyden man kan bevege seg, og i denne forbindelse har Høyesterett uttalt seg om kravet til presise

¹⁰⁰ Jf. dom 25.mai 1993 *Kokkinakis mot Hellas* avsn. 52, dom 22. november 1995 *S.W. og C.R. mot Storbritannia* avsn. 34-36, dom 12.juli 2007 *Jorgic mot Tyskland* avsn. 100, *Kononov mot Latvia* avsn. 114.

¹⁰¹ Jf. bl.a. dom av 25. Februar 1992 *Andersson mot Sverige* avsn. 75 og *Kononov mot Latvia* avsn. 114.

¹⁰² Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 18.

¹⁰³ Hønsehauk-dommen avsn. 18, med henvisning til Rt. 2012 s. 313 (A), Selvvask-dommen.

¹⁰⁴ Grønning, Husabø og Jacobsen s. 95.

¹⁰⁵ Samme sted. Påstand kan diskuteres jf. redegjørelsen for Derivat-dommen nedenfor i punkt 3.5.

¹⁰⁶ Se f.eks. Rt. 2010 s. 466 (A).

straffebud. Spørsmålet er da om dette gjelder kun for analogiforbudet, eller også kan tas til inntekt for et strengere krav til presisjon. Spørsmålet behandles i det følgende.

3.5 Utvikling mot et strengere legalitetsprinsipp – og betydning for presisjonskravet

Nyere juridisk litteratur redegjør for hvordan forbudet mot utvidende tolkning/analogiforbudet har blitt markant strengere de senere år.¹⁰⁷

Frøberg gjennomgår en rekke høyesterettsdommer, deriblant Derivat-dom I og II,¹⁰⁸ Samboerdommen, Selvvask-dommen samt Rt. 2012 s. 1211 (U) Blogger-kjennelsen og Hønsehauk-dommen. Han spør om man på grunnlag av de nyere dommene kan si at legalitetsprinsippet håndheves strengere enn tidligere. Dette besvares bekreftende, men *Frøberg* skiller mellom forbudet mot analogi og presisjonskravet: «Alle avgjørelsene vi har sett på i dette punktet, har angått analogiforbudet. Jeg har ikke, i samme periode, funnet eksempler på at en straffebestemmelse har blitt ansett uanvendelig fordi den har vært for upresist formulert».¹⁰⁹

Det er mulig å nyansere denne påstanden noe, og stille ytterligere to spørsmål. For det første om det har skjedd en utvikling også i kravene til presisjon uten at dette har gitt seg utslag i at en bestemmelse blir tilsidesatt. For det andre hvilken betydning det har for klarhetskravet at øvrige sider ved legalitetsprinsippet, særlig analogiforbudet, har blitt markant strengere håndhevet.

Til det første: Påstanden om at alle de norske avgjørelsene angår analogiforbudet stemmer for så vidt, men det kan problematiseres om Høyesterett omgår problemstillingen, jf. bl.a.

Derivat-dom I, der det jo er tale om et vagt begrep («derivat»). Høyesterett legger en formålsbegrensning i uttrykket, og gir det et snevert virkeområde. Det kan vanskelig sees bort fra at Høyesterett i premissene gjentatte ganger uttaler seg om kravet til både presis og klar hjemmel, og fortolker EMDs syn på dette. Som fremgår over, er det *Cantoni*-resonnementet som siteres i Derivat-dom I. Resonnementet er gjentatt og vist til i både Derivat-dom II, Samboer-dommen, Blogger-kjennelsen og Hønsehauk-dommen, som alle gav et resultat som

¹⁰⁷ Matningsdal s. 93, Grønning, Husabø og Jacobsen s. 100, samt Thomas Frøberg: «Nyere praksis om det strafferettslige legalitetsprinsippet», Jussens Venner vol. 50, s. 46–71.

¹⁰⁸ Rt. 2009 s.780 (A) og Rt. 2010 s.481 (A).

¹⁰⁹ s. 66 Både Grønning, Husabø og Jacobsen samt Matningsdal viser til Frøbergs artikkel.

synliggjør at Høyesterett legger større vekt på lovens ordlyd enn tidligere.¹¹⁰ Sentralt her er at uttalelsene gitt i *Cantoni*-saken ikke angikk analogi eller utvidende fortolkning, men hvorvidt innholdet i den generelle ordlyden var tilstrekkelig presisert.¹¹¹ Ikke ulikt «derivat», som opprinnelig var anført som for vag til å oppfylle lovkravet i Grl. § 96.¹¹²

I alle tilfelle bør Høyesteretts egen oppsummering av utviklingen demonstrere at presisjonskravet ikke er et unntak; i Hønsehauk-dommen uttaler førstvoterende i avsnitt 15 at «[i] nyere høyesterettspraksis er det (...) foretatt en innstramning av kravet til presis beskrivelse av det objektive gjerningsinnholdet i straffebestemmelsen.» Det er nettopp dette presisjonskravet handler om.

Det andre spørsmålet gjelder om også presisjonskravet omfattes når legalitetsprinsippet som sådan gjennomgår en utvikling mot det strengere. Resonnementet -at det kun er analogiforbudet som er snevret inn, mens det samme ikke kan sies om grensen for å benytte skjønnsmessige vilkår og vage gjerningsbeskrivelser - gir et insentiv til å utforme lovene vagere for å unngå konflikt med analogiforbudet. Dette vil potensielt gi et svært dårlig resultat og rokke ved maktfordelingsprinsippet. Andre sider ved legalitetsprinsippet er senere år snevret inn; analogiforbudet som redegjort for, tilbakevirkningsforbudet (ved rt. 2010 s.1445 (P) krigsforbryter-dommen), samt kravet til lov som normbærer, som stadig opprettholdes i norsk rett til tross for at internasjonale instrumenter med en videre lovforståelse får stadig større innflytelse på straffelovgivningen. Man kan da legge til grunn at selve legalitetsprinsippet som sådan i Høyesteretts øyne tillegges større kraft, og at dette også påvirker kravet til presis utforming av lovtekst.

3.6 Reelle hensyn, formåls- og straffbarhetsbetraktninger i Høyesterett og EMD

Et tilsynelatende ulikt syn på forutberegnelighetshensynet og presisjonskravets vekt i henholdsvis EMD og Høyesterett kan utledes hvor det gjør seg gjeldende sterke reelle hensyn og straffverdighetsbetraktninger. Av dommene *K. -H. W. mot Tyskland*¹¹³ og *S.W. og C.R. mot Storbritannia* utleder Aall at «visse forhold er så innlysende rettsstridige at straffansvar ikke

¹¹⁰ Rt. 2009 s. 780 avsn. 20, Rt. 2010 s. 481 avsn. 23, Rt. 2011 s. 469 avsn. 9, Rt. 2012 s. 1211 (U) avsn. 17 og Rt. 2014 s.238 (A)avsn. 16.

¹¹¹ Avsn. 22.

¹¹² Jf. rt. 2009 s. 780 avsn. 27-28 jf. RG-2008-483.

¹¹³ Dom av 22.mars 2001 *K. -H. W. mot Tyskland*.

kan komme overraskende på noen, selv om de nasjonale straffebestemmelsene måtte være vage, motsetningsfylte (...) eller ufullstendige (...)».¹¹⁴ Saksforholdene i *S.W. og C.R. mot Storbritannia* gjaldt voldtekt innenfor ekteskapet, som etter nasjonal rettstilstand ikke var ulovlig. EMD kom til at det var en uakseptabel idé og krenket «*fundamental objectives of the Convention*» at en ektemann skulle være immun mot straffeforfølgelse.¹¹⁵ I Rt. 2011 s. 469 (A), *Samboer-dommen*, kom Høyesterett til at mishandling av tidligere samboer ikke kunne rammes av § 219 om mishandling i nære relasjoner, fordi «*[s]traffverdighet, eller andre reelle grunner som kan tale for å sidestille tidligere samboere med tidligere ektefeller, er ikke tilstrekkelig.*»¹¹⁶ Forskjellen i resonnementene sier noe om synet på forholdet mellom straffverdighet og reelle hensyn på den ene siden og lovskravet på den andre. Dette understrekes i både *Samboer-dommen*, *Selvask-dommen*, oppsummert i *Hønsehauk-dommen*:

*"Det er uansett ikke avgjørende hva lovgiver måtte ha ment, når en eventuell lovgiverintensjon ikke har kommet tydelig til uttrykk i loven. Jeg viser til lovskravet i Grunnloven § 96 og i EMK artikkel 7(...), straffbarheten må følge av loven, og (..) manglende støtte i ordlyden [kan] ikke avhjelpes ved at forholdet er klart straffverdig, og at lovgiver utvilsomt ønsket å ramme det."*¹¹⁷

Som *Matningsdal* oppsummerer, lar Høyesterett det ikke lenger være avgjørende at forholdet er straffverdig, og at forarbeidene i tillegg taler for at handlingene var ment omfattet.¹¹⁸ I Rt. 2012 s. 1211 (U) *Blogger-kjennelsen* (varetektsfengsling) var spørsmålet om ytringer fremsatt på en blogg som oppfordret til drap på polititjenestemenn var fremsatt «offentlig» jf. strl. (1902) § 140. Ankeutvalgets flertall (dissens 2-1) uttalte at siktelsen omfattet handlinger «*som klart er straffverdige. Formålsbetraktninger tilsier at ytringer på internett likestilles med dem som fremsettes i trykt skrift, og det kan ikke ha vært tvilsomt at lovgiver ønsker å ramme slike forhold. Straffbarheten må imidlertid følge av loven.*».¹¹⁹ Høyesterett understreker at det er lovgivers oppgave å fastsette området for det straffbare, og i flere av tilfellene har lovene blitt endret som følge av dette.¹²⁰

¹¹⁴ Aall s. 124.

¹¹⁵ Avsn. 42 (C.R.).

¹¹⁶ Avsn. 9.

¹¹⁷ Avsn. 18.

¹¹⁸ *Matningsdal* s. 97.

¹¹⁹ Avsn. 22.

¹²⁰ *Matningsdal* s. 97.

Av betydning for den overordnede problemstillingen er spørsmålet om Høyesterett kan tenkes å fravike denne strenge tilnærmingen når det er tale om forbrytelser mot menneskeheten. Det vil da være tale om svært sterke hensyn og straffverdighetsbetraktninger, støttet av folkerettslig sedvane. I mangel på rettspraksis omkring de nyere bestemmelsene i kapittel 16, kan forskjellen i eldre og nyere Høyesterettspraksis i spørsmålet om tilbakevirkning etter Grunnloven § 97 gi noe veiledning i hvor sterkt folkeretten og reelle hensyn vektes i møte med lovskravet.

I Rt. 1946 s. 198 Klinge-dommen (P) (dissens 9-4) som var del av etterkrigsoppgjøret, var spørsmålet om anvendelse av dødsstraff for en tysk statsborger etter provisorisk anordning vedtatt etter handlingene var å regne for tilbakevirkende straff i strid med Grunnloven § 97. Anordningen ble av flertallet ansett i samsvar med folkeretten. Høyesterett valgte å se bort fra at dødsstraff ikke var hjemlet i norsk lov, og saksforholdet ble ansett utenfor det området som Grunnloven § 97 hadde til hensikt å regulere. Det ble lagt vekt på at § 97 vernet sentrale samfunnsinteresser, som en angriper av de samme interesser ikke kunne påberope seg. Et motsatt resultat ville *«krenke den høye rettsfølelse som ligger til grunn for § 97 og det rettferdskrav som den er bærer av»*.

I Rt. 2010 s. 1445 krigsforbryter-dommen (P) (dissens 11-6) var spørsmålet hvorvidt bestemmelsene i kapittel 16, som trådte i kraft i 2008, kunne anvendes på handlinger begått i Bosnia i 1992. Førstvoterende uttaler at:

«flertallets begrunnelse i Klinge-saken [kan] ikke opprettholdes. Derimot finner jeg grunn til å fremheve det annenvoterende uttaler om de bærende hensyn bak Grunnloven § 97, og sammenhengen mellom denne bestemmelsen og Grunnloven § 96, jf. side 207-208:

«Den sentrale idé i Grunnlovens § 97 er etter min oppfatning ikke bare dette at forbryteren på forhånd skal kunne kjenne den straff som truer ham, (...) [men også at] statsmyndigheten - det være seg den lovgivende, utøvende eller dømmende myndighet - ikke skal kunne belegge en allerede utført handling med straff etter sitt frie skjønn. Grunnlovens § 97 må (...) oppfattes således at den fullstendiggjør det fundamentale prinsipp som er uttalt i § 96, at ingen kan straffedømmes uten etter lov.»

Mens Høyesterett i 1946 vektla folkerettens løsning sammen med sterke reelle hensyn (sterke samfunnsføringer og straffverdighetsbetraktninger), inntar retten i 2010 en tilnærming i tråd med Klinge-dommens mindretall. Førstvoterende gjennomgår i avsnittene 117-119 de sterke hensynene som taler for at Norge tar sin del av det internasjonale ansvaret for straffeforfølgning, før han uttaler at «etter mitt syn gir disse hensyn ikke grunnlag for å la nye straffebud om forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelser få tilbakevirkende kraft i strid med garantiene i Grunnloven § 96 og § 97». Han vektlegger heller ikke argumentet om at tiltalte uansett risikerer fellelse etter strengere regler ved en internasjonal domstol. Dommen illustrerer at på strafferettens område er det overordnet at løsningen er i overensstemmelse med Grunnloven, uavhengig av om den er i tråd med folkeretten.

3.7 Har lovgiver innført tolkningsprinsippet fra Roma-vedtektenes art. 22 (2) om rettsanvendelsestil til anklagedes gode eller ikke?

Ifølge Cassese er «the principle *favor rei*» (i favør av anklagede) ett viktig rettssikkerhetsprinsipp som motvirker den vage formuleringen av de internasjonale straffebestemmelsene.¹²¹ Dette stadfester plikten til, når konfrontert med “*conflicting interpretations of a rule*”, å velge det tolkningsalternativet som kommer den anklagede til gode.¹²² Prinsippet er uttrykt i Roma-vedtektene artikkel 22 (2) 2.pkt: «*In case of ambiguity, the definition shall be interpreted in favour of the person being investigated, prosecuted or convicted*».

Det er uklart om lovgiver har ment å innføre prinsippet eller ikke. I en gjennomgang av rettskilder som er relevant for tolkning av kapittel 16, lyder forarbeidet avslutningsvis:

«Intet av dette må imidlertid føre til at man avviker fra det alminnelige strafferettslige prinsippet om at straffebud skal tolkes med varsomhet og ikke utvides ved analogisk fortolkning. Dette kommer også til uttrykk i Roma-vedtektene artikkel 22 nr. 2, hvor

¹²¹ Cassese s. 29.

¹²² Cassese s. 35.

det i tillegg understrekes at der definisjonen er tvetydig, skal den tolkes i siktedes favør» (min uth.).¹²³

Tolkningsprinsippet kan ikke anses del av norsk domstolspraksis i dag.¹²⁴ Andenæs mener at et prinsipp om rettsanvendelsestil i favør av tiltalte ikke bør oppstilles, og heller ikke følges i praksis.¹²⁵ I Rt.1984 s. 91, uttaler førstvoterende at «[t]vilen gjelder således det rettslige spørsmål om hvorvidt det faktiske forhold som er funnet bevist, er å anse som straffbar uaktsomhet. I dette spørsmål gjelder ikke noe prinsipp om at tvilen skal komme tiltalte til gode». Høgberg er uenig med Andenæs og tar til orde for at slik tvil bør, begrunnet i sterke reelle hensyn, komme tiltalte til gode.¹²⁶ Resonnementet fra 1984-dommen er imidlertid opprettholdt i Rt. 2012 s. 387: «(...) [s]om sagt er det ikke spørsmål om å gå utenfor ordlyden i denne saken, men - ut fra alminnelig rettskildebruk - å velge en av to tolkninger som ordlyden gir grunnlag for. Det kan ikke oppstilles et prinsipp om at tvil om rettsanvendelsen skal løses til fordel for tiltalte (...)».¹²⁷

For folkerettslig tribunalpraksis forholder det seg annerledes. I Akayesu-dommen uttalte Rwandadomstolen: «Given the presumption of innocence of the accused, and pursuant to the general principles of criminal law, the Chamber holds that the version more favourable to the accused should be upheld».¹²⁸ Jugoslaviadomstolen fulgte dette opp i Krstic-dommen: «In accordance with the principle that where there is a plausible difference of interpretation or application, the position which most favours the accused should be adopted».¹²⁹ Prinsippet er også fremholdt i ICCs domstolsbehandling av arrestordren av Al-Bashir.¹³⁰

Det er mye som taler for at prinsippet må anses inkludert. Når norske domstoler skal se til Roma-vedtektene artikkel 21 for veiledning, vil dette gi artikkel 22 relevans som rettskildefaktor. Det følger også som nevnt innledningsvis av strl. § 2 at folkeretten får virkning i den grad den går i siktedes favør. Å ta inn straffebestemmelser fra Roma-vedtektene samt rettskildebildet som følger dem uten å inkludere prinsippet som styrer tolkningen av disse, er svært uheldig. Hvorvidt og i hvilken grad Høyesterett vil anse seg

¹²³ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 277.

¹²⁴ Se likevel f.eks. HR-2015-2308-A avsn. 72., der føringer kunne utledes av forarbeidet.

¹²⁵ s. 114-115. Se også Mats Jonatan Stenmark Iversen: «Beviskravsregelen i straffeloven § 34a andre ledd» Tidsskrift for strafferett- 2008-4 s. 383.

¹²⁶ Høgberg, Alf Petter: «I hvilken grad kommer rettsanvendelsestil tiltalte til gode?», Jussens Venner nr.1 2007, s. 20-36.

¹²⁷ Avsn. 22.

¹²⁸ The prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, T.Ch. Judgement 2.september 1998 avsn. 500-501.

¹²⁹ The prosecutor v. Radislav Krstic, T.ch. Judgement 2.august 2001 avsn. 502.

¹³⁰ Prosecutor v Omar Al Bashir PT.ch. I, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4. mars 2009 § 156.

forpliktet av dette er usikkert. Det synes for øvrig ikke som om EMD gjør bruk av dette prinsippet.¹³¹

Innføringen av «*the principle favor rei*», vil som *Cassese* fremholder motvirke de mulige uheldige virkninger av at ordlyden er vag og skjønnsmessig. At det ikke kan utledes klart positivt fra lovtekst eller forarbeider om lovgiver har ment å innføre dette prinsippet gjør det likevel vanskelig å tillegge det avgjørende vekt.

3.8 Oppsummering kapittel 3

Formidler av straff skal i norsk rett være loven selv. Både virkeområde og terskel bør så langt som mulig komme til uttrykk i straffebudet, men veiledning til fortolkning kan presiseres i forarbeider, så lenge dette ikke utvider området for det straffbare. Hva gjelder straffebestemmelser med universaljurisdiksjon, bør disse av hensyn til forutberegnelighet være så lik som mulig sitt internasjonale opphav, og terskelen høy for hvor mye av presiseringen som kan overlates til forarbeidene. Både EMK og Grunnloven tilstår anledning for lovgiver til å benytte skjønnsmessige vilkår som presiseres gjennom rettspraksis, men den objektive gjerningsbeskrivelsen må likevel være så klar at det i de aller fleste tilfeller ikke er tvil om hvorvidt handlingen omfattes.

Som presentert innledningsvis anses § 102 k folkerettslig sedvanerett, om enn kritisert. Forskjellen mellom Høyesterett og EMD i vektleggingen av folkerettslig løsning og sterke reelle hensyn er sentral for problemstillingen, og kan bli utslagsgivende når strl. § 102 k en gang kommer til behandling ved norske domstoler. Av gjennomgangen over kan det synes som om den nasjonale tilnærmingen er strengere enn både EMD og den folkerettslige, hovedsakelig begrunnet i Grunnloven § 96s krav om lov som formidler av norm. Høyesterett har i nyere rettspraksis vist at straffverdighet og klar lovgivervilje ikke er tilstrekkelig når ikke den straffbare handlingen er klart uttrykt i lov. I tillegg har det som redegjort for skjedd en utvikling mot et klart strengere krav til presisjon. Etter EMD eller en folkerettslig tilnærming i tråd med Wien-konvensjonen vil en vag gjerningsbeskrivelse kunne anses tilstrekkelig dersom rettsregelen støttes av etablert rettsstilstand og andre rettskilder, herunder formål. I norsk rett har man har både et strengt krav til presisjon og samtidig en svært

¹³¹ Jf. Kjølbros s. 21 og dom 12.juli 2007 *Jorgic mot Tyskland* avsn. 113.

begrenset anledning til å legge avgjørende vekt på andre rettskildefaktorer, selv der det gjør seg gjeldende åpenbare straffbarhetsbetraktninger.

Utviklingen startet med Derivat-dom I i 2009, og har funnet sted *etter at sekkebestemmelsen i § 102 k ble vedtatt*. Dette gir en metodisk utfordring når kravet til presisjon retter seg til lovgiver. Er det lovgivers valg på tidspunkt for vedtagelse som er til vurdering, eller resultatet – bestemmelsen slik den fremstår i dag? Dette løses ved at kravene som følger av utviklingen inngår som del av spørsmålet om resultatet, - bestemmelsen i dag -, bryter med presisjonskravet, mens de holdes utenfor drøftelsen av lovgivers vurderinger i transformasjonsprosessen.

4 ANALYSE AV STRL. § 102 BOKSTAV K

4.1.1 Bakgrunn

Da man ratifiserte Roma-vedtektene 16.februar 2000, påpekte Justisdepartementet at det var ønskelig med egne bestemmelser for de internasjonale forbrytelsene.¹³² I NOU 2002:4 *Ny straffelov* la straffelovkommisjonen fram et forslag om å ta inn egne straffebestemmelser.¹³³ Forbrytelser mot menneskeheten ble foreslått tatt inn etter mønster fra Roma-vedtektene artikkel 7.¹³⁴

I 2006 kom Bagaragaza-saken, som synliggjorde Norges manglende evne til å straffeforfølge internasjonale forbrytelser.¹³⁵ Michel Bagaragaza var siktet for folkemord i Rwanda. Gjennom omvendt komplementaritet kunne Rwandadomstolen overføre saker til nasjonale jurisdiksjoner dersom disse var i stand til å straffeforfølge på lik linje med tribunalet. Både aktor, forsvarer og Norge ønsket saken overført, men domstolen avsto fordi Norge «*could not charge the crime of genocide*».¹³⁶ Som fremgår av ot.prp. nr.8 (2007-2008), var det ønskelig å unngå at liknende avgjørelser i fremtiden blir til hinder for overføring av straffesaker fra tribunalene; «*[h]eller ikke Den internasjonale straffedomstol eller verdenssamfunnet for øvrig skal være i tvil om at Norge har evne og vilje til å straffeforfølge slike forbrytelser på en måte som deres egenart og alvor tilsier*».¹³⁷

4.1.2 Hvilken valgfrihet har lovgiver hatt i formuleringen av kapittel 16, i lys av internasjonale forpliktelser?

Det er som nevnt først og fremst internasjonale instrumenter som danner bakteppet for bestemmelsene, og som påvirker lovgivers valg i utformingen. Justisminister Dørum fremholder påvirkningen i hans avsluttende innlegg ved behandlingen av lovbestemmelsene i Odelstinget i 2005:

¹³² Ot.prp. nr. 95 (2000-2001) s. 15.

¹³³ NOU 2002:4 s. 23.

¹³⁴ NOU 2002:4 s.279.

¹³⁵ The prosecutor v. Michel Bagaragaza A.Ch. Decision on the prosecution motion for referral to the kingdom of Norway, 19.mai 2006.

¹³⁶ The prosecutor v. Michel Bagaragaza A.Ch. Decision on rule 11*bis* appeal 30.august 2006 § 15.

¹³⁷ S. 51.

«(...) Utfordringen nå er å ta stilling til hvilke krav Norges rolle som aktør og troverdig samarbeidspartner på den internasjonale justisarena stiller til straffelovgivningens utforming. (...) Når vi nå står på terskelen til det andre hundreår som moderne og uavhengig nasjon, må vi ta innover oss at den tid er forbi da strafferetten var et rent nasjonalt anliggende!»¹³⁸

I ot.prp. nr. 8 (2007-2008) fremgår de hensyn og vurderinger som ligger til grunn for transformasjonen. Lovgiver har vektlagt internasjonal rettsenhet og ansett seg svært bundet. Departementet fremholder i proposisjonen at det *«dreier (..) seg om et felt der folkerettslige forpliktelser i stor utstrekning setter premisser for hvilke handlinger som skal kriminaliseres. Å samle i eget kapittel og gi dem en utforming som ligger tettere opptil de folkerettslige forpliktelsene legger (..) godt til rette for internasjonalt samarbeid i enkeltsaker»*.¹³⁹ I ot.prp. nr.8 (2207-2008) fremgår at *«[p]å enkelte områder gjør de internasjonale forpliktelsene nå seg så sterkt gjeldende at det kun er mindre valg som er overlatt til de nasjonale lovgiverne. (...) [F]orslagene til kapittel 16 om folkemord mv. og kapittel 18 om terrorhandlinger [er] de viktigste eksempler på det»*.¹⁴⁰

Likevel må det tilstås lovgiver en skjønnsmargin ved gjennomføringen av internasjonale forpliktelser på strafferettens område, i lys av lovskravet. Gröning, Husabø og Jacobsen fremholder at:

«Den kanskje viktigste utfordringen ved gjennomføringen i nasjonal rett er å leve opp til det presisjonskravet til straffelovgivning som følger av lovskravet. Så lenge det er forutsatt at reglene skal gjennomføres i nasjonal lovgivning, gjelder det ikke noe lovskrav til utformingen av en EU-rettsakt eller til en folkerettslig avtale på strafferettens område. Slike internasjonale regler blir dessuten til i forhandlinger der det er fristende og ofte også nødvendig å inngå kompromisser når teksten skal utformes, noe som kan føre til en vaghet som for nasjonale strafferegler er uakseptabel».¹⁴¹

Straffeloven § 185 kan illustrere. Rasediskrimineringskonvensjonens artikkel 4 pålegger partene å vedta straffebestemmelser mot ytringer basert på «idèer om raseoverlegenhet og

¹³⁸ Sitat hentet fra Tor-Geir Myhrer: «Ny straffelov» JV 2008 s.95 på s.136.

¹³⁹ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 18.

¹⁴⁰ S. 27.

¹⁴¹ Gröning, Husabø og Jacobsen s. 141 flg.

rasehat». Denne formuleringen ble ansett for «ubestemt til å brukes i et straffebud».¹⁴² Den norske teksten ble presisert, og tilført et ledd som definerer hva som menes med «diskriminerende eller hatefull ytring».

Noe annerledes kan det stille seg med Roma-vedtektene, som er et regelsett utviklet for direkte bruk i en domstol. Likevel er også Roma-vedtektene resultat av forhandlinger og kompromisser, og som i likhet med EMK et instrument som skal ivareta flere ulike rettssystemer.¹⁴³ De utfordringer dette innebærer kan utledes blant annet av at begge domstoler, både EMD og ICC, i motsetning til norsk Høyesterett og en rekke stater i civil-law tradisjonen anerkjenner en bruk av straffebud dannet i rettspraksis,¹⁴⁴ og til dels også går lengre enn Høyesterett i å åpne for analogi.¹⁴⁵ Presisjonskravet, som bærer krav om tilgjengelighet og forutberegnelighet, blir utfordret i møtet med de internasjonale instrumentene, men også av den norske lovgivningstradisjonen. I arbeidet med innføringen av loven ble også «behovet for en modernisering og språklig forenkling understreket særskilt».¹⁴⁶

*«Idealet er at folk flest ved å lese loven skal kunne skaffe seg et inntrykk av hva som er straffbart; kravet i Grunnloven § 96 om lov som grunnlag for straffedom skal også sikre mot rettsuvisshet (...) [s]amtidig er det gode grunner til den relativt kompakte språklige utformingen som lovbestemmelser har etter den nordiske lovtradisjonen, med bruk av syntese og skjønnsmessige uttrykk».*¹⁴⁷

Departementet ser at forutberegnelighetshensynet kan utfordres i dette møtet:

*«selv om et av siktemålene med ny straffelov er å bidra til «språklig fornying og klargjøring», er det ikke til å unngå at også enkelte av straffebestemmelsene i straffeloven 2005 vil inneholde formuleringer som er vage, og som rekker lenger enn det har vært meningen å kriminalisere».*¹⁴⁸

Det kan fastslås at lovgiver, tross i at det går på bekostning av presisjon, har følt seg forpliktet til å opptre svært lojalt mot internasjonale forpliktelser i transformasjonen. Det er som

¹⁴² Jf. Aall s. 121 note 33.

¹⁴³ Cassese s. 7.

¹⁴⁴ Noora Arajärvi, "The Role of the International Criminal Judge in the Formation of Customary International Law", European Journal of Legal Studies (2007) s. 3.

¹⁴⁵ Otto Triffterer (ed.): Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court 2.ed. 2008 s. 725.

¹⁴⁶ Proposisjonen viser her til NOU 1983: 57 s. 28.

¹⁴⁷ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 18.

¹⁴⁸ Samme sted pkt. 2.3.8 om rettstridsreservasjoner.

redegjort for sterke hensyn som taler for en slik lojalitet. Det kan imidlertid problematiseres om norsk lovgiver føler seg *for* begrenset. Det oppstilles ikke kriminaliseringsplikt i Roma-vedtektene, og det må tilstås den enkelte stat i egenskap av sin suverenitet frihet til å formulere sine straffebud i tråd med sitt rettssystem og begrensninger. Som et eksempel sees hen til tysk rett:¹⁴⁹

Den tyske loven *Völkerstrafgesetzbuch* kriminaliserer i section 7 §1 No. 8 som ledd i et utbredt eller systematisk angrep på en sivilbefolkning den som: «*einem anderen Menschen schwere körperliche oder seelische Schäden, insbesondere der in § 226 des Strafgesetzbuches bezeichneten Art, zufügt*»,¹⁵⁰

Tysk lovgiver utelater vilkåret om «store lidelser». Begrunnelsen er ifølge *Satzger* at reglene måtte «*comply with the requirements of the German principle of legality which is rather strictly interpreted compared to other legal orders*».¹⁵¹ Rettstomrommet mellom den tyske bestemmelsene og Roma-vedtektene, er «*[t]he price to be paid by the German legislator*», og selv om tysk rett anses lojal mot internasjonal rett, er det «*nevertheless unacceptable to sacrifice a fundamental and most important constitutional principle as the nullum crimen rule*».¹⁵² *Satzger* anser ikke tomrommet en trussel da det er tale om et snevert utvalg saker. Han fremholder at en reell trussel kommer fra motsatt hold; flere av øvrige bestemmelser i den tyske loven synes ikke å møte legalitetsprinsippets krav.

Forskjellen mellom norsk og tysk lovgivers valg kan forklares med at Tyskland kan ha et strengere legalitetsprinsipp. Men det kan også forklares med at man har hatt et ganske ulikt syn på hvor fritt man står i formuleringen av straffebudene, og hvor sterkt man vektlegger legalitetsprinsippet. Det er også grunn til å fremheve, som vil redegjøres for under, at lovgiver i transformasjonen likevel har endret bestemmelsene på flere måter fra Roma-vedtektene. Begrunnelsen er da ivaretagelse av den norske lovtradisjonen, samt formålet om å favne også den internasjonale sedvaneretten. I dette har lovgiver ikke i samme grad ansett seg like bundet.

¹⁴⁹ Tyske forarbeid er ikke tilgjengelig på engelsk, og det følgende baseres på Helmut Satzgers redegjørelse i «*German Criminal Law and the Rome Statute – A Critical Analysis of the New German Code of Crimes Against International Law*», *International Criminal Law Review* 2: 261-282, (2002).

¹⁵⁰ Vedlegg 3.

¹⁵¹ S. 273.

¹⁵² s. 275.

En oversikt over kriminalisering i de øvrige ulike stater finnes i ICC National Legislation Implementing Database.¹⁵³ I følge nettsiden har 36 av 123 medlemsstater i dag bestemmelser om «other inhumane acts». Her inkluderes for øvrig både Tyskland og Norge.

4.2 Lovgivers vurderinger og valg i transformasjon

4.2.1 Kapittel 16 favner både Roma-vedtektene og folkerettslig sedvanerett

Av ot.prp. nr.8 (2007-2008) fremgår at man gikk inn for å «*ta utgangspunkt i Roma-vedtektene ved utformingen av de nye straffebudene, og søke å sikre at innholdet i de norske straffebudene dekker de forhold som er omfattet av Roma-vedtektene*».¹⁵⁴ Departementet gav tilslutning til å la de norske bestemmelsene rekke lengre enn Roma-vedtektene der vedtektene snevrer inn definisjonen av forbrytelsene i forhold til den folkerettslige sedvanen,¹⁵⁵ slik også blant andre Sverige tar høyde for i sin lov.¹⁵⁶ Når man sammenholder den norske § 102 med dens motstykke og opphav i artikkel 7, fremstår en del endringer umiddelbart i oppregningen av de straffbare gjerningene i bokstav a-k, som et resultat av dette.

Dette skal ifølge norsk lovgiver ikke ha betydning for innhold, men er som nevnt begrunnet i norsk lovgivningstradisjon, og med ønsket om å reflektere hele den folkerettslige sedvaneretten. Ettersom man har fraveket Roma-vedtektene, kan det imidlertid utfordre forutberegneligheten.

4.2.2 Om eksklusjon av policy-elementet

Av Roma-vedtektene art. 7 nr. 2 a fremgår at «angrepet» i gjerningsbeskrivelsen må være foretatt i samsvar med en stats eller en organisasjons målsetting («policy»). Departementet fastslår i forarbeidet at det «*har ikke funnet det nødvendig å ta med dette tilleggsvilkåret*», og forklarer at Roma-vedtektene på dette punktet snevrer inn folkerettslig sedvanerett.¹⁵⁷ Som Frøberg påpeker i Norsk lovkommentar, fremgår det ikke klart «*om man med denne*

¹⁵³ <https://www.legal-tools.org/go-to-database/national-implementing-legislation-database/>

¹⁵⁴ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 53.

¹⁵⁵ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 54, og s. 82.

¹⁵⁶ Prop. 2013/14:146 pkt. 7.1.

¹⁵⁷ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 281.

*utelatelsen hadde til hensikt å la straffansvaret etter straffeloven favne videre enn hva som følger av folkerettslig sedvanerett».*¹⁵⁸ Å etterlate usikkerhet kan sies å utfordre forutberegneligheten. Dette illustreres ved et eksempel:

I et blogginnlegg etter 22.juli-saken, drøftet William Schabas om Breivik kunne tiltales for forbrytelser mot menneskeheten.¹⁵⁹ Schabas kunne ikke lese av de norske bestemmelsene om det i Norge finnes et policy-krav eller ikke. I og med at de norske forarbeidene ikke er tilgjengelig på engelsk, er heller ikke tanken om at de skal favne bredere enn Roma-vedtektene tilgjengelig. Det kan her også nevnes at dersom ikke denne vurderingen er tilgjengelig for Schabas, som er en anerkjent akademiker innenfor internasjonal strafferett, er den heller ikke det for den alminnelige borger dersom denne ikke både leser norsk og kjenner til vår tradisjon for å bruke forarbeid.

4.2.3 Om eksklusjon av Roma-vedtektene artikkel 7 2. og 3.ledd

For bestemmelsen i strl. (2005) § 102 var et av spørsmålene om man skulle inkludere artikkel 2s 2. og 3. ledd, som inneholder veiledning til uttrykk i 1.ledd.¹⁶⁰ Til dette var departementet negativ, og viste til at under forhandlingene om Roma-vedtektene var

*«flere stater, herunder Norge, (...) skeptiske til behovet for og hensiktsmessigheten av å definere de ulike forbrytelsene i detalj. (...) Departementet anser det unødvendig å gjengi alle definisjonene i lovteksten. Det er ønskelig at loven ikke svulmer opp mer enn nødvendig, og at norsk lovgivningstradisjon iaktas så langt det lar seg gjøre».*¹⁶¹

Departementet vurderer derfor heller konkret de enkelte uttrykk, og ser på om disse vil ha behov for en presisering. Et eksempel er gjerningsbeskrivelsen for forfølgelse, som formuleres kortere enn i Roma-vedtektene, men tar inn elementer fra definisjonene i 2.ledd, og samtidig overlater en del presisering til forarbeidet. Ulempen, som departementet sa, er at bestemmelsen *«ikke er presist avgrenset»* og at *«ordlyden kan fremstå som noe uklar»*.¹⁶²

Valgene som lovgiver her har foretatt synes å være basert på en pragmatisk tilnærming, der viktigheten av å la bestemmelsene fungere som effektive hjemler for straff vektlegges over

¹⁵⁸ Rettsdata.no kommentar ved Thoma Frøberg.

¹⁵⁹ <http://humanrightsdoctorate.blogspot.no/2011/07/crimes-against-humanity-in-norway.html>

¹⁶⁰ Se vedlegg 2.

¹⁶¹ Fra Ot.prp. nr. 8 (2007-2009) s.81.

¹⁶² Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s.83 og 84, se også s. 84 om tvungen forsvinning.

hensynet til forutberegnelighet. Man ser hen til Roma-vedtektene og forsøker å tilpasse disse slik at de favner alle handlinger som kan straffes etter den internasjonale sedvaneretten.

Ved en grundig gjennomgang av den norske lovteksten er det åpenbart at både definisjonene fra Roma-vedtektene og folkerettslig sedvanerett har påvirket ordlyden og ført til at den nok kan anses mer presis enn Roma-vedtektenes oppregning i 1.ledd. Om dette er tilstrekkelig er usikkert. Det kan sies at valget om ikke å inkludere definisjonene i 2.og 3.ledd svekker presisjonen i bestemmelsen som helhet, og da kanskje særlig som middel for fortolkning av bokstav k, som viser til de øvrige forbrytelsene i a-j. Når et av siktemålene med innføringen av loven er å sikre internasjonal rettsenhet, kan det også stilles spørsmål ved om det å utelate særlig 2.ledd gagnar dette formålet. Hensynet til å unngå fragmentering av internasjonal strafferett er ikke ivarettatt her. Om man tar i betraktning at utfyllende veiledning finnes i forarbeidene, kan dette være med på å presisere bestemmelsen. Men i forhold til internasjonal forutberegnelighet vil alt som «stues bort» i forarbeidene som fremholdt tidligere være svært utilgjengelig for en stor del av borgerne og andre hvis handlinger kan tenkes omfattet. Dette kan også komme i konflikt med kravene som etter nyere rettspraksis er stilt til at straffbarhet må fremgå av lovteksten selv.

4.3 Gjerningsbeskrivelsen i strl. § 102 bokstav k – gjennomgang av de enkelte vilkår

4.3.1 “annen umenneskelig handling av liknende art”

Av forarbeidet fremgår at Justisdepartementet mener at [annen umenneskelig handling av liknende art] utgjør «*isolert sett en svært upresis gjerningsbeskrivelse*».¹⁶³ Den angir verken konkrete handlinger eller kategori handlinger som er omfattet. Heller ikke gir den en pekepinn på hvilke interesser eller verdier, eller objekter/subjekter som vernes. Når lovgiver likevel mener den kan benyttes, er dette ifølge forarbeidet fordi de angitte virkningsvilkår avgrenser tilstrekkelig, og fordi bestemmelsen kun vil ramme handlinger som allerede er straffbare.

¹⁶³ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 86.

Vilkårene i bestemmelsen vil prøves i det følgende, med utgangspunkt i en naturlig språklig forståelse av ordlyden.

4.3.2 «umenneskelig»

En naturlig språklig forståelse av «umenneskelig» kan tilsi at handlingen må være av et visst alvor. Hva som imidlertid ligger i umenneskelig er ikke umiddelbart tilgjengelig, og uttrykket er svært skjønnsmessig av natur. I forarbeidene uttales at «*[e]nhver form for tortur eller pinsler mot en enkeltperson er umenneskelig. De handlinger som er straffbare som forbrytelser mot menneskeheten, er derimot av en så alvorlig art at de krenker den menneskelige sivilisasjon som sådan*». Lovgiver gir altså «umenneskelig» en svært vid definisjon, men legger begrensning og terskel i selve forbrytelseskategorien.

Jugoslaviadomstolen har fastslått at man for veiledning kan se hen til de internasjonale menneskerettskonvensjonene for hva som regnes som inhuman og nedverdiggende behandling.¹⁶⁴ Dersom man ser til EMK art. 3, gir nyere EMD-praksis en forholdsvis lav terskel for denne vurderingen.¹⁶⁵

4.3.3 “liknende art”

Det vises i forarbeidet til at «liknende art» gir en «*anvisning på graden av alvor i handlingen*».¹⁶⁶ Det skal sees hen til de øvrige forbrytelsene opplistet i bokstav a-j, og forbrytelsen må være av samme natur og alvorlighetsgrad som disse. Denne presiseringen har vært del av tribunalenes praksis, men er for første gang innlemmet i selve bestemmelsens ordlyd i Roma-vedtektene. Den er et resultat av fortolkninger gjort i tråd med *ejusdem generis* prinsippet,¹⁶⁷ som innebærer at en generell regel eller avsluttende vilkår som etterfølger konkrete vilkår i en oppregning tolkes i tråd med disse. Vilkåret representerer en helt nødvendig avgrensning av bestemmelsens virkeområde. Fortolkningen av de øvrige vilkårene i a-j får gjennom dette stor betydning for hvordan bokstav k forstås, ettersom «liknende art» i realiteten fungerer som en fullmakt til å foreta analogi fra a-j.

¹⁶⁴ Prosecutor v. Kupreskic § 566.

¹⁶⁵ Dom 28.september 2015 *Bouyid v Belgia* avsn. 86-90.

¹⁶⁶ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 86.

¹⁶⁷ Cassese s. 98, og Terhi Jyrkkio: “‘Other inhumane acts’ as crimes against humanity”, *Helsinki Law review*, 2011/1 s. 183-207. s. 198.

Under forhandlingene i forkant av Roma-avtalen var det uenighet om hvilke forbrytelser som skulle få plass på listen, og likeså om deres sedvanerettslige status.¹⁶⁸ Vedtektene har tatt opp i sin ordlyd kategorier som tidligere kun gjennom rettspraksis har blitt funnet rammet av sekkebestemmelsen og slik utvidet virkeområdet for hva som regnes som «other inhumane acts». Når man da skal se hen til de oppregnede vilkår for veiledning, er listen lengre enn tidligere, og Jyrkkiö mener det er fare for at dette kan “*lead to the inclusion of more acts of lesser gravity under crimes against humanity, possibly diluting the original notion of crimes against humanity as a category preserved only for the most notorious acts imaginable*”.¹⁶⁹

4.3.4 «alvorlig skade på kropp eller helse»

Alvorlige legemsskader som lemlesting og grov vold ligger som nevnt over i kjernen av sekkebestemmelsen slik den er praktisert i tribunalene. Av alle vilkår i § 102 bokstav k synes dette å være det minst utfordrende. I den nye straffeloven har ordlyden fra strl. (1902) § 231 blitt endret fra «*legeme og helbred*» i til «*kropp og helse*» i strl. (2005) § 274. At ordlyd således samsvarer med § 102 k vil gi harmoni i loven og bedre forutberegnelighet. Veiledning til hvordan uttrykket skal forstås vil da finnes i strl. § 11 om definisjonen på betydelig skade på kropp og helse. Denne er også tilgjengelig på engelsk. Tysk lov har også dette vilkåret, og henviser i sekkebestemmelsen til den tyske lovbestemmelsen om grov kroppsskade.

4.3.5 “store lidelser”

Det er ifølge departementet selv «*mindre klart hva som omfattes av «store lidelser» («great suffering»)*». ¹⁷⁰ En naturlig språklig forståelse gir synonymer til både fysiske smerter og plager, psykiske belastninger, men også mer generell nød og elendighet. Kanskje er det grunn til å påpeke at «lidelse» kan forstås ulikt i Norge og Romania eller Afghanistan. Lidelses engelske motstykke «suffering» er forklart som «*the state of undergoing pain, distress, or hardship*». ¹⁷¹ Det er rom for individuelle vurderinger, og terskel synes å måtte hentes fra «liknende art» eller forbrytelseskategorien, som begge er vage.

¹⁶⁸ Roy S. Lee (ed) s. 86-88 og 103. Det ble bl.a. foreslått å inkludere terrorisme, narkotikasmugling og økonomisk boikott som del av forbrytelsene.

¹⁶⁹ Jyrkkiö s. 192.

¹⁷⁰ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 86.

¹⁷¹ <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/suffering>

For vilkåret «alvorlig skade på kropp eller helse» er det mulig å hente veiledning i øvrige straffebud. Om vilkåret «store lidelser» uttales i forarbeidet at «[r]iktig nok inneholder straffeloven 1902 straffebud hvor strafferammen utvides hvis noen påføres stor lidelse, (eks. §§ 86 b og 223) men noe eget forbud hvor gjerningsbeskrivelsen består i å påføre noen en stor lidelse, finnes ikke». «Lidelse» som uttrykk ble bevisst valgt bort i arbeidet med torturbestemmelsen i strl. (1902) § 117a, fremfor «smerte» som «praktisk talt» betød det samme.¹⁷² Hva som ligger i «praktisk talt» er usikkert, og lidelse kan sies å være et langt vagere uttrykk enn smerte. Departementet konkluderer med at det «[m]ed andre ord [allerede] foreligger (...) et straffebud mot å påføre noen stor lidelse (under gitte omstendigheter), men det er formulert som et forbud mot å påføre noen alvorlig fysisk og psykisk smerte». Det foreligger da ikke et annet straffebud som i sin ordlyd hjemler forbud mot å påføre noen stor lidelse, kun en forståelse i forarbeid om at smerte skal forstås på «praktisk talt» samme måte.

4.3.6 Valget mellom «store lidelser» og «stor fysisk og psykisk smerte»

Departementet konkluderer etter redegjørelsen nevnt i det foregående med at «loven bør inneholde en slik bestemmelse», men tilføyer i parentes at «riktig nok slik at uttrykket fysisk eller psykisk smerte brukes fremfor lidelse også her – for å skape harmoni i regelverket».¹⁷³ Det sistnevnte tyder på at man har ment å la «fysisk eller psykisk smerte» erstatte uttrykket «lidelse» i bestemmelsen, uten at det etter en gjennomgang av samtlige forarbeider og stortingsdokumenter er klart hvorfor man har valgt å beholde «lidelse» i lovteksten likevel.

Bestemmelsene om tortur i strl. (2005) § 102 bokstav f (som forbrytelse mot menneskeheten) samt § 174 benytter nettopp uttrykket «alvorlig fysisk eller psykisk smerte».¹⁷⁴ Hensynet til forutberegnelighet og harmoni i lovteksten taler for en slik løsning lovgiver tilsynelatende gikk inn for.

Ordlyden «store lidelser» er lik Roma-vedtektenes «great suffering». Når det er tale om skjønnsmessige størrelser, kan det sies at de bør være så like som mulig, for at deres innhold som fortolket i rettspraksis skal være overførbare fra ett rettssystem til et annet. Det kan

¹⁷² Ot.prp. nr. 59 (2003-2004) s. 94.

¹⁷³ S. 86.

¹⁷⁴ Med en forskjell; i strl. § 102 f står «psykisk» først.

likevel problematiseres om ikke «store lidelser» er et langt vagere uttrykk enn «alvorlig fysisk eller psykisk smerte», og med det åpner for større tvil om bestemmelsens innhold. At lidelse i norsk lov skal forstås som praktisk talt det samme som smerte er ikke tilgjengelig uten at man går til forarbeidene til torturbestemmelsen, og det kan også problematiseres om dette er riktig. At lovgiver synes å ha ment at det gir bedre harmoni i lovverket å velge «stor fysisk og psykisk smerte» taler også for at denne løsningen burde vært valgt. Det vises til innledningen i ot.prp. nr. 8 (2007-2008):

«Mange bestemmelser i straffeloven 1902 inneholder dessuten ord og uttrykk som gjennom en langvarig rettspraksis har fått et presist innhold. Etter departementets syn bør ikke disse forkastes uten at ordene og uttrykkene som kommer i stedet for dem, formidler innholdet på en klart bedre måte».

Det samme kan sies om uttrykk som bevisst er innarbeidet i andre bestemmelser i den samme straffeloven.

4.4 Legalitetsprinsippets styrke når handlingene allerede er straffbare i medhold av annen lov

Advokatforeningen hadde som eneste høringsinstans uttalt seg kritisk om sekkebestemmelsens vaghet:¹⁷⁵

«[u]tforming av denne forbrytelseskategorien er en utfordring i forhold til vår rettstradisjon, legalitetsprinsippet, og ikke minst for forsvaret i en straffesak. Det er ikke alle land som har inkorporert denne delen av Roma-statuttene. Advokatforeningen mener at bestemmelsen ikke oppfyller grunnleggende krav til legalitet, herunder mulighet til å kunne forutsi om en handling rammes av straffebudet».

Advokatforeningen foreslo at bestemmelsen ble gjort mer presis eller ble utelatt.

¹⁷⁵ Uttalelsen er omtalt i ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 86. Denne er ikke tilgjengelig på nett, men forfatter har fått kopi av samtlige høringsuttalelser fra justisdepartementet.

Som et svar på Advokatforeningens innvendinger fremhevet departementet at bestemmelsen ikke «trekker opp grensen mellom straffbare og straffrie handlinger»¹⁷⁶, og viste til Generaladvokaten høringsuttalelse:

«[d]et må antas at de konkrete handlinger det er spørsmål om, vil være dekket enten annet steds i kapittel 16 eller av de alminnelige straffebestemmelser, typisk § 232 i nåværende straffelov. Betydningen av bokstav k vil således ligge i strafferammen, muligheten for kommandoansvar, at foreldelse ikke finner sted og at det ved plasseringen er markert at man mener seg å ha folkerettslig hjemmel for universell jurisdiksjon. Sett i forhold til legalitetsprinsippet, er dette kanskje mindre betenkelig enn om man skulle statuere straffansvar for handlinger som ikke rammes av noen annen straffebestemmelse, med en så vidt lite spesifikk formulering. Når den konkrete handling først er straffbar, kan det neppe ligge noen beskyttelsesverdig interesse i å skjerme gjerningsmannen mot muligheten for at den i en viss kontekst kan bli å anse som forbrytelse mot menneskeheten.»¹⁷⁷

Etter henvisningen til sitatet fastslår departementet at sekkebestemmelsen ikke krenker legalitetsprinsippet. Til dette er det mulig å reise noen innsigelser. Dersom bestemmelsen som helhet er for vag og skjønnsmessig til at den sikrer forutberegnelighet, vil ikke argumentet om at den ikke oppstiller noe skille mellom straffbare og straffrie handlinger treffe helt. Det vil som Advokatforeningen uttaler ikke være mulig å forutsi om en gitt handling rammes eller ikke. Det er også mulig, som nevnt over, å problematisere i hvilken grad det gjennom de ordinære straffebestemmelsene i dag er straffbart å påføre «store lidelser».

Spørsmålet er om gjerningspersonen har en beskyttelsesverdig interesse i å bli skjermet for virkningene og kategoriseringen når han først har overtrådt grensen for det straffbare. Dette krever en mer inngående drøftelse fordi det får stor betydning for vekten av uttalelsene i forarbeidene, som fremstår som et hovedargument for at § 102 k ikke krenker legalitetsprinsippet. I Norsk lovkommentar er det kun vist til denne del av forarbeidene for veiledning om forholdet til legalitetsprinsippet.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 87.

¹⁷⁷ Samme sted.

¹⁷⁸ Rettsdata.no kommentar ved Thomas Frøberg.

Virkningene synes både alene og samlet så inngripende sammenliknet med de virkninger tiltalte ellers risikerer ved ordinære straffebud, at de krever at handlingen er omfattet av et eget straffebud og at denne er tydeliggjort i en presis gjerningsbeskrivelse.¹⁷⁹ Spørsmålet er da om kategorisering av en allerede straffbar handling som internasjonal forbrytelse er en «oppkriminalisering» som aktualiserer grunnlovsværn. Myhrer uttaler at «[g]jennom forslaget skjer det (...) en oppkriminalisering, dels slik at strafferammen heves og dels slik at det gjøres klart at lovbrudd som for eksempel folkemord i tillegg til å ramme et betydelig antall private interesser, også krenker helt grunnleggende offentlige interesser».¹⁸⁰

Både Høyesterett og Rwandadomstolen har oppstilt et klart skille mellom forbrytelser etter ordinære norske straffebud og de samme handlinger som internasjonal forbrytelse. I krigsforbryter-dommen var det på det rene at handlingene uansett var straffbare som ulovlig frihetsberøvelse etter dagjeldende bestemmelser i ordinær straffelovgivning. Problemstillingen var diskutert utførlig i forarbeidet, men departementet konkluderte med at det ikke ville krenke tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 å anvende de nye straffebestemmelsene, dersom man ikke ila strengere straff enn den som ville blitt idømt etter straffelovgivningen på gjerningstidspunktet, jf. også strl. § 3.¹⁸¹

Høyesteretts flertall kom til at det ville krenke § 97 å kategorisere handlingene som forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelser, mye på grunn av skillet mellom ordinære og internasjonale forbrytelser i både kategorisering, sammenhengen de begås i, verdier bestemmelsene er ment å beskytte, og i hensynene de skal ivareta. Dette var uavhengig av straff, som altså skulle ilegges etter dagjeldende regler. Det ble i dommen fremhevet at det dreide seg om «krenkelser av selve den grunnleggende menneskelighet».¹⁸² Førstvoterende uttaler at ««forbrytelser mot menneskeheten» skiller seg sterkt fra vanlige straffebud om for eksempel frihetsberøvelse. En subsumsjonsendring fra straffeloven 1902 § 223 til straffeloven 2005 § 102 vil derfor klart være til ugunst for lovbrakeren».¹⁸³

Flertallet viser til *Bagaragaza-saken*. Ankekammeret i Rwandadomstolen uttalte at domstolen “cannot sanction the referral of a case to a jurisdiction for trial where the conduct cannot be charged as a serious violation of international humanitarian law”, og at «the protected legal

¹⁷⁹ Jf. Også EMD dom av 21.oktober 2013 *Del Rio Prada mot Spania* avsn. 81 flg.

¹⁸⁰ Tor-Geir Myhrer: “Ny straffelov”, Jussens Venner 2008 s. 95.

¹⁸¹ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 58 og 62-63.

¹⁸² Avsn. 81.

¹⁸³ Avsn. 100.

values are different. The penalization of genocide protects specifically defined groups, whereas the penalization of homicide protects individual lives.”¹⁸⁴

Førstvoterende uttaler at det ikke er grunn til å skille mellom folkemord og forbrytelser mot menneskeheten eller krigsforbrytelser, fordi ankeammerets formuleringer er generelle.¹⁸⁵

Han uttaler videre at det er sterke hensyn bak innføringen av de nye bestemmelsene, men at disse ikke gir «*grunnlag for å la nye straffebud om forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelser få tilbakevirkende kraft i strid med garantiene i Grunnloven § 96 og § 97, hensett til hvor sterkt disse nye straffebestemmelsene skiller seg fra den straffelovgivning som gjaldt på gjerningstidspunktet*». ¹⁸⁶

Dommene setter klare skranker for å kategorisere og dømme en handling som internasjonal forbrytelse uten særskilt hjemmel i lov, selv om disse allerede er straffbare etter ordinær straffelovgivning. Resonnementet kan overføres på problemstillingen her. Den som har begått en allerede straffbar handling, vil ha en beskyttelsesverdig interesse i å bli skjermet for at handlingen kategoriseres som folkemord, forbrytelse mot menneskeheten eller krigsforbrytelse. Å krenke grunnleggende offentlige interesser innebærer en vesentlig utvidelse. Hjemmel for dette må være like presis og klar som den som kriminaliserer samme handling i en «ordinær» kontekst. I tillegg vil både selve kategoriseringen og også de virkninger som følger denne kategori forbrytelser, gjøre det potensielle inngrepet større og med det påvirke kravet til hjemmel og fortolkning til det strengere.¹⁸⁷

Generaladvokatens argumentasjon, med departementets tilslutning, er at handlingene allerede er straffbare, og at dette gjør det «*mindre betenkelig enn om man skulle statuere straffansvar for handlinger som ikke rammes av noen annen straffebestemmelse, med en så vidt lite spesifikk formulering*». Man står etter redegjørelsen over da tilbake med en «lite spesifikk» formulert gjerningsbeskrivelse.

4.5 Oppsummering kapittel 4

¹⁸⁴ Avsn. 17 og 18.

¹⁸⁵ Avsn. 112.

¹⁸⁶ Avsn. 118.

¹⁸⁷ I Rt. 2014 s. 786 avsn. 15 ble den høye strafferammen for korrupsjon sammen med samfunnets fordømmelse vektet i spørsmål om lovskravet.

Det kan trekkes noen konklusjoner på bakgrunn av det foregående, som vil oppsummeres her. Overordnede betraktninger foretas i avsluttende kapittel.

For det første har lovgiver i transformasjonsprosessen følt seg så bundet av internasjonale forpliktelser at de har ansett at det kun er mindre valg som er overlatt til nasjonal lovgiver. Samtidig har man, til tross for dette, foretatt en rekke endringer som gir straffebudene en utforming som skiller dem fra Roma-vedtektene, fordi man også har vært lojal mot norsk lovgivningstradisjon og folkerettslig sedvanerett. Lojalitet til sentrale rettssikkerhetshensyn synes å ikke ha preget noen av valgene lovgiver har foretatt i like stor grad. Ikke ett sted er en endring begrunnet i forutberegnelighet alene. I dette ligger det et signal, og denne bundetheten fremstår ubalansert og selektiv når den kun påberopes i de tilfeller der det utvider området for det straffbare. Det er problematisk i seg selv for internasjonal forutberegnelighet og rettsenhet at man har foretatt endringer ved transformasjonen, men når man først har foretatt endringer, bør man søke å også la resultatet bli like eller mer presist enn utgangspunktet.

Både vilkårene «umenneskelig», samt vilkåret om påføring av «store lidelser» er som redegjort for problematisk. Det samme gjelder «annen umenneskelig handling av liknende art» som forbrytelseskategori. Summen av skjønnsmessige og/eller uklare vilkår kan bli for stor. Særlig fremstår vilkåret om å påføre «store lidelser» som problematisk, tatt i betraktning at man synes å ha vurdert å gi denne lik ordlyd som torturbestemmelsen, som må anses klarere. Det har ikke vært vurdert å utelate denne slik Tyskland har, eller føye til et presiserende ledd. Inkludering av 2. ledd av Roma-vedtektene, og kanskje også EoC som vedlegg, ville gitt større forutsigbarhet, og ivaretatt både internasjonal rettsenhet og – forutberegnelighet.

Lovgiver har vist i formuleringen av straffebestemmelsen om hatefulle ytringer at man med noen enkle tillegg og omformuleringer gjør bestemmelsen mer presis. Man har som vist over foretatt en ganske annen vurdering i transformasjonen av for eksempel Roma-vedtektenes kategori «forfølgelse», og lovgiver forklarer selv at endringene kan medføre mer uvisshet. Lovgivers behandling av sekkebestemmelsens konflikt med legalitetsprinsippet synes kort, og som vist til, virker konklusjonen ikke tilstrekkelig begrunnet.

Avslutningsvis kan bestemmelsen, slik den fremstår i dag, synes å utfordre de krav som i nyere rettspraksis er oppstilt til presis gjerningsbeskrivelse. Selv uten et konkret faktum å måle mot, kan det ikke sies at det i de aller fleste tilfeller vil være mulig å si om en handling påfører «store lidelser» eller ikke. Til det er ordlyden for vag. Særlig gjelder dette når det som her ikke er angitt en kategori handlinger, og det i tillegg må vurderes om handlingen krysser terskelen for hva som er «umenneskelig».

Det utfordrer maktfordelingsprinsippet når en så stor del av vurderingene er overlatt til domstolene.

5 KONKLUSJON OG AVSLUTTENDE DRØFTELSE

Når det overordnede spørsmålet er om den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffeloven § 102 k er tilstrekkelig klart angitt til å tilfredsstille lovskravet, vil svaret langt på vei bero på hvilke hensyn som tillegges størst vekt. Lovgiver har vært stilt overfor et verdivalg. Skal man lempe på kravet til klarhet og presisjon, eller nøye seg med mindre vidtrekkende og kanskje mindre effektive strafferegler? ¹⁸⁸ I hvor stor grad skal lojalitet til internasjonale forpliktelser påvirke valget? Redegjørelsen for presisjonskravet sammenholdt med analysen av sekkebestemmelsen synliggjør en ulikhet i hvilke hensyn lovgiver og Høyesterett tillegger størst vekt. Denne ulikheten kan sies å reflektere forskjeller i den folkerettslige og den nasjonale juridiske metoden.

Etter folkeretten er gjerningsbeskrivelsen i strl. § 102 k tilstrekkelig klart angitt, idet den kan forstås i lys av historisk bakteppe og tribunalpraksis. Det samme kan også sies for EMK artikkel 7, dersom handlingen ligger innenfor det virkeområdet som rettsstilstand angir. De nasjonale kravene etter Grunnloven § 96, utledet av Høyesterett, fører til at grensen for hva som må anses forutberegnelig flyttes fra det virkeområdet som fremgår av lov, rettsstilstand eller folkerettslig sedvane til området som er forutberegnelig ut fra lovteksten selv. Øvrige rettskildefaktorer kan benyttes til å innskrenke og presisere virkeområdet, men ikke utvide. Spørsmålet er om man på bakgrunn i en naturlig språklig forståelse av lovteksten kan forstå virkeområdet snevrere i en nasjonal vurdering. Bestemmelsen er formulert så vidt at det ikke synes slik.

Det som da blir avgjørende er om nasjonale kvalitative krav til lovtekst fra Grunnloven oppstiller en strengere skranke for hvor vagt et straffebud kan formuleres. Som redegjort for har det skjedd en endring i Høyesterettspraksis til det strengere hva gjelder kravet til presis gjerningsbeskrivelse. Det skal være mulig, *ut fra lovteksten*, i de aller fleste tilfeller å kunne forutsi om en handling er straffbar eller ikke. Det tilstår anledning til å benytte skjønnsmessige vilkår også etter nyere rettspraksis, med forbehold om at disse tolkes med

¹⁸⁸ Indirekte sitat fra Erling Johannes Husabø: «Verdival og lovtekniske utfordringer ved revisjon av straffelova kap. 8 og 9» *Tidsskrift for strafferett* 2003-2 s. 213-247 s. 220.

varsomhet. Det problematiske i sekkebestemmelsen er at den inneholder så mange vage eller skjønnsmessige vilkår at de samlet sett kan krenke presisjonskravet. Det blir vanskelig å forutsi grensen for det lovlige handlingsrommet. Samtidig utfordres maktfordelingsprinsippet. Vurderingen av hvilke typer handlinger som skal anses forbrytelser mot menneskeheten er i ytterste konsekvens en politisk vurdering som bør foretas av lovgiver. Uklarhet om hvilke handlinger, endatil kategori handlinger som er omfattet av bestemmelsen, overfører svært mye av denne vurderingen til domstolene. Som Klinge-dommen illustrerer, bør avgrensingen av området for straff formuleres klart, i forkant av forbrytelser.

Nasjonale krav til gjerningsbeskrivelse må anses strengere enn de internasjonale. Spørsmålet blir om man likevel bør tilstå et unntak fra denne nasjonale tilnærmingen med begrunnelse i de sterke internasjonale hensynene som gjør seg gjeldende. Roma-vedtektene utgjør et historisk solid og viktig skritt i retning av internasjonalt felles ansvar for å forhindre straffrihet («ending impunity») for alvorlige overgrep mot sivilbefolkning. Ordlyden må forstås i lys av at den er uttrykk for viljen til svært mange stater i fellesskap og ivaretar til dels svært ulike rettssystemer. Den er også formulert åpen med hensikt, fordi det er vanskelig for lovgiver å forutse alle typer handlinger som kan overskride terskelen for forbrytelser mot menneskeheten. Dette er tungtveiende reelle hensyn, som sammen med behovet for å forhindre straffrihet bør ivaretas. I denne sammenheng kan det fremholdes som problematisk at lovgivers valg utelater eller etterlater usikkerhet om viktige elementer i Roma-vedtektene fra lovteksten som kunne bidratt til økt grad av forutberegnelighet og rettsenhet. Dette gjelder særlig artikkel 7 2.ledd og tolkningsprinsippet fra artikkel 22 (2), men også policy-elementet og EoC.

Det avgjørende argumentet for at avhandlingen må konkludere negativt også på spørsmålet om unntak, er at det eksisterer alternative muligheter for formulering av lovteksten som kunne ivarett samtlig hensyn. Disse skisseres i avsluttende del. Sekkebestemmelsen, om enn erklært folkerettslig sedvane, bærer med seg kritikk, og dens virkeområde kan ikke anses avklart eller avgrenset. Det er 123 stater som støtter at *ICC har denne bestemmelsen*, men kun 36 av disse som har implementert denne bestemmelsen selv. Inne i dette tallet regnes også Tyskland, som har utelatt vilkåret om «store lidelser».

Forslag til løsning

Avhandlingen har vist at gjerningsbeskrivelsen i sekkebestemmelsen ikke er tilstrekkelig klart angitt til å ivareta lovskravet i Grunnloven § 96. Straffelovkommisjonen tok i sin delutredning VII til orde for å avstå fra kriminalisering der det «*vanskelig lar seg gjøre å utforme straffebud som kan håndheves på en måte som i tilstrekkelig grad tar hensyn til forutberegnelighet*».¹⁸⁹ De sterke hensyn som taler for å beholde en slik sekkebestemmelse tilsier imidlertid at å utelate den i sin helhet vil være svært uheldig.

Et alternativ er å gjøre som Tyskland og utelate vilkåret om at handlingen må forårsake store lidelser. De aller fleste handlinger som forårsaker store lidelser, vil uansett som vist innfri vilkåret om å forårsake alvorlig skade på kropp eller helse. Man har da bestemmelsens kjerne i behold, lovskravet kan anses ivaretatt og man opererer innenfor området som er forutberegnelig. Et annet alternativ er å tilføye et presiserende ledd som i rasediskrimineringsbestemmelsen, som klargjør virkeområdet samtidig som denne presiseringen holdes lojal mot Roma-vedtektene og ikke endrer innholdet. Man ivaretar da samtlige hensyn.

Tysk lovgiver uttaler at det rettstomrommet som deres transformasjonsvalg etterlater er lite, og at det er prisen de er villig til å betale for ikke å ofre et fundamentalt og ytterst viktig rettssikkerhetsprinsipp. Prisen kan vise seg langt høyere om den overlates til borgerne.

¹⁸⁹ NOU 2002: 04 Ny straffelov Straffelovkommisjonens delutredning VII, pkt. 4.2.3.4.

Litteraturliste

Bøker:

Bassiouni, M.Cherif, *Crimes Against Humanity, Historical evolution and contemporary application* (New York 2011)

Cassese: Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 3.ed., (Oxford 2013)

Cassese m.fl.: Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R.W.D Jones (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, (Oxford 2002)

Cryer, Robert m.fl., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 3.ed., (Cambridge 2014)

Einarsen, Terje, *The Concept of Universal Crimes in International Law*, (Oslo 2012)

Gröning, Linda, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Forbrytelse og straff. Lærebok i alminnelig strafferett*, (Bergen 2015)

Kammerhofer, Jörg og Jean D'Aspremont (eds), *International Legal Positivism in a Post-Modern World* (London 2014)

Kjølbrot, Jon Fridrik, *Den Europeiske menneskerettigheds konvention – for praktikere*, 3.utg. (Danmark 2010)

Lee, Roy S. (ed), *The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute, Issues-Negotiations-Results*, (The Hague, 1999)

Matningsdal, Magnus og Georg Fr. Rieber-Mohn (red), *Andenæs: Alminnelig strafferett*, 5. utg., (Oslo 2004)

Matningsdal, Magnus, *Straffeloven, Alminnelige bestemmelser, Kommentartutgave* (Oslo, 2015)

Mæland, Henry John, *Norsk alminnelig strafferett* (Bergen, 2012)

Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 3.utg. (Oslo 2006)

Schabas, William A., *The international criminal court, a commentary on the Rome Statute*, (Oxford 2010)

Triffterer: Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observer's Notes, Article by Article*, (Baden-Baden 1999)

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter* 3. utg. (Bergen 2011)

Artikler:

Bassiouni, M. Cherif: «Crimes Against Humanity, The case for a specialized convention» *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 9 iss. 4.

Blinderman, Eric H.: “Conviction of Saddam Hussein for the Crime against Humanity of Other Inhumane Acts”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 30 iss. 4 2009 s. 1239.

Frøberg, Thomas; «Nyere praksis om det strafferettslige legalitetsprinsippet», *Jussens Venner* vol. 50, 2015 s. 46–71.

Husabø, Erling Johannes: «Verdival og lovtekniske utfordringer ved revisjon av straffelova kap. 8 og 9» *Tidsskrift for strafferett*, 2003-2 s. 213-247.

Høgberg, Alf Petter: «I hvilken grad kommer rettsanvendelsestil tiltalte til gode?», *Jussens Venner*, 2007, s. 20-36.

Høgberg, Alf Petter: «Om reelle hensyn og deres betydning for grensen mellom straffbare og straffrie handlinger», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2000 s. 622-625.

Johansen, Jon Petter Rui: «Komparasjon innen strafferett og straffeprosess», *Tidsskrift for strafferett*, 2009 s 434-468.

Jyrkkiö, Terhi: “‘Other inhumane acts’ as crimes against humanity”, *Helsinki Law review*, 2011/1 s. 183-207.

Lippman, Matthew: “Crimes Against Humanity”, *Boston College Third World Law Journal* Vol. 17 iss. 2, 1997 s. 171

Myhrer, Tor-Geir: "Ny straffelov", *Jussens Venner*, 2008 s. 95-135.

Satzger, Helmut: «German Criminal Law and the Rome Statute – A Critical Analysis of the New German Code of Crimes Against International Law», *International Criminal Law Review* 2: 2002, s. 261-282.

Stenmark Iversen, Mats Jonatan: «Beviskravsregelen i straffeloven § 34a andre ledd» *Tidsskrift for strafferett*, 2008-4 s. 379-411.

Torgersen, Runar: «Riksadvokatens redegjørelse i påtegning 2. mars 2012 for enkelte spørsmål om lovforståelsen mv. som ligger til grunn for terrortiltalen mot Anders Behring Breivik», *Tidsskrift for strafferett*, 2012 s. 248-260.

Traktater og FN dokumenter:

Konvensjonen om forhindring og avstraffelse av forbrytelsen folkemord (1948)

Genève konvensjonene (1949):

Konvensjonen om forbedring av sårede og sykes kår i de væpnede styrker i felten (den første)

Konvensjonen om forbedring av sårede, syke og skibbrudnes kår i de væpnede styrker til sjøs (den andre)

Konvensjonen om behandling av krigsfanger (den tredje)

Konvensjonen om beskyttelse av sivile i krigstid (den fjerde)

Protokoll I (1977): Tilleggsprotokoll til Genevekonvensjonene av 12. August 1949, om beskyttelse av ofre i internasjonale væpnede konflikter

Protokoll II (1977): Tilleggsprotokoll til Genevekonvensjonene av 12. August 1949, om beskyttelse av ofre i ikke-internasjonale væpnede konflikter

FNs sikkerhetsrådsresolusjon om Jugoslaviadomstolen (ICTY):

http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_808_1993_en.pdf

FNs sikkerhetsrådsresolusjon om Rwandadomstolen (ICTR):

http://www.unmict.org/Rwandadomstolen-remembers/docs/res955-1994_en.pdf

Roma-vedtektene av 17.juli 1998 om opprettelsen av Den internasjonale straffedomstolen (ICC)

International Law Commission 67th session, *text of draft articles 1,2,3 and 4 provisionally adopted by the Drafting Committee on 28 and 29 May and on 1 and 2 June 2015*

Lovforarbeider:

Norge:

NOU 1983:57 *Straffelovgivningen under omforming: Straffelovkommisjonens delutredning I*

NOU 2002: 04 *Ny straffelov — Straffelovkommisjonens delutredning VII*

Høringsnotat april 2007 Saksnr. 200701831 EO HI/TRR *Høringsnotat – straffebestemmelser om folkemord, forbrytelser mot menneskeheten og krigsforbrytelser*

Ot.prp. nr.8 (2007-2008): Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpende og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet)

Innst. O. nr. 29 (2007-2008) kap. 5: «Folkemord, krigsforbrytelser og forbrytelser mot menneskeheten» (Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpende og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet))

Sverige:

Prop. 2013/14:146

<http://data.riksdagen.se/fil/5B08898C-DC84-4DCF-B898-2A88EE0AD320>

Tyskland:

Völkerstrafgesetzbuch:

<http://www.gesetze-im-internet.de/vstgb/index.html#BJNR225410002BJNE000700000>

Rettspraksis:

Norsk høyesterettspraksis: (med populærnavn)

Rt. 1933 s. 212 (A)

Rt. 1958 s. 479 (P) Mykle-dommen

Rt. 1984 s. 91 (U)

Rt. 1946 s. 198 (P) Klinge-dommen

Rt. 2009 s. 780 (A) Derivat-dom I

Rt. 2005 s. 1628 (A)

Rt. 2010 s. 481 (A) Derivat-dom II

Rt. 2010 s. 466 (A)

Rt. 2010 s. 1445(P) Krigsforbryter-dommen

Rt. 2011 s. 469 (A) Samboer-dommen

Rt. 2012 s. 313 (A) Selvvask-dommen

Rt. 2012 s. 387 (A)

Rt. 2012 s. 1211(U) Blogger-kjennelsen

Rt. 2014 s. 238 (A) Hønsehauk-dommen

Rt. 2014 s. 786 (A)

HR-2015-2308-A Kildevern-dommen

Internasjonal rettspraksis:

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD):

Dom 26.april 1979 Sunday Times mot Storbritannia

Dom 25.mai 1993 Kokkinakis mot Hellas

Dom 22. november 1995 S.W. og C.R. mot Storbritannia

Dom 15. November 1996 G.Ch. Cantoni mot Frankrike

Dom 22.mars 2001 K. -H. W. mot Tyskland

Dom 12.juli 2007 Jorgic mot Tyskland

Dom 17.mai 2010 G.Ch. Kononov mot Latvia

Dom 21.oktober 2013 Del Rio Prada v Spania

Dom 20.oktober 2015 Vasiliasuskas mot Litauen

Den internasjonale domstolen (ICJ):

Arbitral Award of July 31 1989 Guinea-Bissau v. Senegal

Den internasjonale straffedomstolen (ICC):

Prosecutor v Ali Muhammad Al Abd-al-Rahman PT.ch. I, (Ali Kushayb) Warrant for arrest, 27.april 2007

Prosecutor v Katanga and Ngudjolo PT.ch. I, Decision on the confirmation of charges, 30.september 2008

Prosecutor v Omar Al Bashir PT.ch. I, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4. mars 2009

Prosecutor v Mathaura et al. PT.ch. II, Decision on the confirmation of charges, 23.januar 2012

Jugoslaviadomstolen:

The prosecutor v Tadic, T.ch. Judgement, 7.mai 1997

The prosecutor v Kupreskic et al. T.ch. 14.januar 2000

The prosecutor v. Radislav Krstic, T.ch. Judgement 2.august 2001

The prosecutor v. Krnojelac A.Ch. Judgement 17.september 2003

The prosecutor v. Brdanin, T.Ch. Judgement 1.september 2004

The prosecutor v. Kvocka et al. A.Ch. Judgement, 28.februar 2005

The prosecutor v Milomir Stakic, A.ch. Judgement 22.mars 2006

The prosecutor v. Naletilic and Martinovic, A.Ch. Judgement 3.mai 2006

Rwandadomstolen:

The prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, T.Ch. Judgement 2.september 1998

The prosecutor v. *Kayishema and Ruzindana*, ICTR A.Ch. 1.juni 2001

Prosecutor v. Niyitegeka T.Ch. I, 16.mai 2003

The prosecutor v. Michel Bagaragaza T.Ch. III Decision on the prosecution motion for referral to the kingdom of Norway, 19.mai 2006

Den spesielle domstolen for Sierra Leone:

Prosecutor v. Brima et al., A.Ch. Judgement 22.februar 2008

Andre staters rettspraksis:

Irak:

Iraqi High Tribunal case against Saddam Hussein (Ingen referanse til dokumenter. Se Blinderman på side 1260 flg.)

Venezuela:

Dom 13. Juli 2006 Crim.Ch. Judgement no. 322

Dom 12. september 2001 Const.Ch. Judgement no. 1712

Dom 10. desember 2001 Crim.Ch. Judgement no. 869

Dom 25. april 2000 Crim.Ch. Judgement no. 487

Kilder fra internettsider (30.11.15):

FN nyhetsbulletin:

<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16394&LangID=E>

<http://www.unictr.org/en/news/ictr-prosecutor-requests-transfer-bagaragaza-case-norway-trial>

ICC National Legislation Implementing Database:

<https://www.legal-tools.org/go-to-database/national-implementing-legislation-database/>

Case Matrix Network:

Fra den nettbaserte kommentarutgave til Roma vedtektene:

<http://www.casematrixnetwork.org/cmn-knowledge-hub/icc-commentary-clicc/commentary-rome-statute/commentary-rome-statute-part-2-articles-5-10/#c1883>

Kronikk, (også publisert i blog of the European journal of international law) av Professor Darryl Robinson :”The Mexican War on Drugs and the Boundaries of Crimes Against Humanity”

https://blog.casematrixnetwork.org/toolkits/eventsnews/op-ed/op-ed-robinson-on-crimes-against-humanity/?doing_wp_cron=1446405674.3585560321807861328125

PST pressemelding:

<http://www.pst.no/media/pressemeldinger/politiets-sikkerhetstjeneste-har-i-dag-pagrep-tre-personer/>

Oxford Dictionary og Merriam-Webster - ambiguity:

<http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/ambiguity>

<http://www.merriam-webster.com/dictionary/ambiguous>

ADC-ICTY (forsvareralliansen ved Jugoslaviadomstolen)s nyhetsbrev:

http://issuu.com/adciety/docs/adc-icty_newsletter_issue_57/14

Nyheter:

<https://www.hrw.org/middle-east/n-africa/syria>

<https://www.amnesty.org/en/documents/mde24/1370/2015/en/>

<http://www.aftenposten.no/nyheter/uriks/Anklager-syriske-opprorere-for-forbrytelser-mot-menneskeheten-7336276.html>

<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=16394&LangID=E>

<http://www.newsweek.com/eritrea-may-have-committed-crimes-against-humanity-un-charges-new-report-340673>

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/CoIEritrea/Pages/commissioninquiryonhrinEritrea.aspx>

https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/comm%20and%20ref/pe-ongoing/nigeria/Pages/nigeria.aspx

<http://www.bbc.com/news/world-middle-east-29052144>

<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=50369#.Vf6CyRHtmko>

http://www.dagbladet.no/2015/06/01/nyheter/innenriks/pst/is-terror/den_islamske_stat/39442669/

<https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/norge-ingen-frihavn-for-krigsforbrytere/id489060/>

Forkortelser:

ILC International Law Commission

ICC International Criminal Court

IMTN International Military Tribunal in Nuremberg

Tokyo Tribunal - International Military Tribunal for the Far East, Tokyo

G.Ch. Grand Chamber

A.Ch. Appeals Chamber

T.Ch. Trial Chamber

PT.Ch. Pre-Trial Chamber

Const.Ch. Constitutional chamber

Crim.Ch. Criminal chamber

6 VEDLEGG

6.1 Vedlegg 1: Straffeloven § 102 Forbrytelse mot menneskeheten¹⁹⁰

Kapittel 16. Folkemord, forbrytelse mot menneskeheten og krigsforbrytelse

§ 102. 1 Forbrytelse mot menneskeheten

For forbrytelse mot menneskeheten straffes den som, som ledd i et utbredt eller systematisk angrep rettet mot en sivilbefolkning,

- a) dreper en person,
- b) utrydder en befolkning helt eller delvis, herunder utsetter den eller deler av den for levekår som tar sikte på å utrydde befolkningen helt eller delvis,
- c) gjør en person til slave,
- d) deporterer eller tvangsflytter en befolkning i strid med folkeretten,
- e) fengsler eller på annen alvorlig måte berøver en person friheten i strid med grunnleggende folkerettslige regler,
- f) torturerer en person i vedkommendes varetekt eller kontroll ved å forårsake alvorlig psykisk eller fysisk smerte,
- g) utsetter en person for voldtekt, seksuelt slaveri eller tvungen prostitusjon, tvungen svangerskap, tvangssterilisering eller annen tilsvarende grov seksuell vold,
- h) utsetter en identifiserbar gruppe for forfølgelse ved å berøve ett eller flere medlemmer av gruppen grunnleggende menneskerettigheter på politisk, rasemessig, nasjonalt, etnisk, kulturelt, religiøst, kjønnsbasert eller annet folkerettsstridig grunnlag,

¹⁹⁰ Jf. §§ 5 (1) nr. 2, 91, 96, 108 og 109.

- i) på vegne av, eller med samtykke, støtte eller tillatelse av en stat eller en politisk organisasjon bidrar til at en person forsvinner ufrivillig, med det forsett å unndra vedkommende fra lovens beskyttelse for et lengre tidsrom,
- j) innenfor rammen av et institusjonalisert regime basert på én rasemessig gruppes systematiske undertrykking og dominans over en eller flere andre rasemessige grupper begår en apartheidforbrytelse ved å foreta umenneskelige handlinger av samme eller liknende art som de som er omfattet av paragrafen her i den hensikt å opprettholde regimet, eller
- k) begår en annen umenneskelig handling av liknende art som forårsaker store lidelser eller alvorlig skade på kropp eller helse.

Straffen for forbrytelse mot menneskeheten er fengsel inntil 30 år.

Tilføyd ved lov 7 mars 2008 nr. 4 (ikr. 7 mars 2008 iflg. res. 7 mars 2008 nr. 225), endret ved lov 19 juni 2009 nr. 74.

6.2 Vedlegg 2: Rome Statute Article 7 Crimes against humanity

1. For the purpose of this Statute, "crime against humanity" means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack:

- (a) Murder;
- (b) Extermination;
- (c) Enslavement;
- (d) Deportation or forcible transfer of population;
- (e) Imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law;
- (f) Torture;
- (g) Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity;
- (h) Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court;
- (i) Enforced disappearance of persons;
- (j) The crime of apartheid;
- (k) Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health.

2. For the purpose of paragraph 1:

- (a) "Attack directed against any civilian population" means a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in paragraph 1 against any civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack;
- (b) "Extermination" includes the intentional infliction of conditions of life, inter alia the deprivation of access to food and medicine, calculated to bring about the destruction of part of a population;
- (c) "Enslavement" means the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person and includes the exercise of such power in the course of trafficking in persons, in particular women and children;
- (d) "Deportation or forcible transfer of population" means forced displacement of the persons concerned by expulsion or other coercive acts from the area in which they are lawfully present, without grounds permitted under international law;
- (e) "Torture" means the intentional infliction of severe pain or suffering, whether physical or mental, upon a person in the custody or under the control of the accused; except that torture shall not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to, lawful sanctions;
- (f) "Forced pregnancy" means the unlawful confinement of a woman forcibly made pregnant, with the intent of affecting the ethnic composition of any population or carrying out other grave violations of international law. This definition shall not in any way be interpreted as affecting national laws relating to pregnancy;
- (g) "Persecution" means the intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law by reason of the identity of the group or collectivity;
- (h) "The crime of apartheid" means inhumane acts of a character similar to those referred to in paragraph 1, committed in the context of an institutionalized regime of systematic oppression and domination by one racial group over any other racial group or groups and committed with the intention of maintaining that regime;
- (i) "Enforced disappearance of persons" means the arrest, detention or abduction of persons by, or with the authorization, support or acquiescence of, a State or a political organization, followed by a refusal to acknowledge that deprivation of freedom or to give information on

the fate or whereabouts of those persons, with the intention of removing them from the protection of the law for a prolonged period of time.

3. For the purpose of this Statute, it is understood that the term "gender" refers to the two sexes, male and female, within the context of society. The term "gender" does not indicate any meaning different from the above.

6.3 Vedlegg 3: Völkerstrafgesetzbuch (VStGB) § 7 Verbrechen gegen die Menschlichkeit

(1) Wer im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung

1. einen Menschen tötet,
2. in der Absicht, eine Bevölkerung ganz oder teilweise zu zerstören, diese oder Teile hiervon unter Lebensbedingungen stellt, die geeignet sind, deren Zerstörung ganz oder teilweise herbeizuführen,
3. Menschenhandel betreibt, insbesondere mit einer Frau oder einem Kind, oder wer auf andere Weise einen Menschen versklavt und sich dabei ein Eigentumsrecht an ihm anmaßt,
4. einen Menschen, der sich rechtmäßig in einem Gebiet aufhält, vertreibt oder zwangsweise überführt, indem er ihn unter Verstoß gegen eine allgemeine Regel des Völkerrechts durch Ausweisung oder andere Zwangsmaßnahmen in einen anderen Staat oder in ein anderes Gebiet verbringt,
5. einen Menschen, der sich in seinem Gewahrsam oder in sonstiger Weise unter seiner Kontrolle befindet, foltert, indem er ihm erhebliche körperliche oder seelische Schäden oder Leiden zufügt, die nicht lediglich Folge völkerrechtlich zulässiger Sanktionen sind,
6. einen anderen Menschen sexuell nötigt oder vergewaltigt, ihn zur Prostitution nötigt, der Fortpflanzungsfähigkeit beraubt oder in der Absicht, die ethnische Zusammensetzung einer Bevölkerung zu beeinflussen, eine unter Anwendung von Zwang geschwangerte Frau gefangen hält,
7. einen Menschen dadurch zwangsweise verschwinden lässt, dass er in der Absicht, ihn für längere Zeit dem Schutz des Gesetzes zu entziehen,
 - a) ihn im Auftrag oder mit Billigung eines Staates oder einer politischen Organisation entführt oder sonst in schwerwiegender Weise der körperlichen Freiheit beraubt, ohne dass im Weiteren auf Nachfrage unverzüglich wahrheitsgemäß Auskunft über sein Schicksal und seinen Verbleib erteilt wird, oder

b) sich im Auftrag des Staates oder der politischen Organisation oder entgegen einer Rechtspflicht weigert, unverzüglich Auskunft über das Schicksal und den Verbleib des Menschen zu erteilen, der unter den Voraussetzungen des Buchstaben a seiner körperlichen Freiheit beraubt wurde, oder eine falsche Auskunft dazu erteilt,

8. einem anderen Menschen schwere körperliche oder seelische Schäden, insbesondere der in § 226 des Strafgesetzbuches bezeichneten Art, zufügt,

9. einen Menschen unter Verstoß gegen eine allgemeine Regel des Völkerrechts in schwerwiegender Weise der körperlichen Freiheit beraubt oder

10. eine identifizierbare Gruppe oder Gemeinschaft verfolgt, indem er ihr aus politischen, rassischen, nationalen, ethnischen, kulturellen oder religiösen Gründen, aus Gründen des Geschlechts oder aus anderen nach den allgemeinen Regeln des Völkerrechts als unzulässig anerkannten Gründen grundlegende Menschenrechte entzieht oder diese wesentlich einschränkt,

wird in den Fällen der Nummern 1 und 2 mit lebenslanger Freiheitsstrafe, in den Fällen der Nummern 3 bis 7 mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren und in den Fällen der Nummern 8 bis 10 mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren bestraft.

(2) In minder schweren Fällen des Absatzes 1 Nr. 2 ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren, in minder schweren Fällen des Absatzes 1 Nr. 3 bis 7 Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren und in minder schweren Fällen des Absatzes 1 Nr. 8 und 9 Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr.

(3) Verursacht der Täter durch eine Tat nach Absatz 1 Nr. 3 bis 10 den Tod eines Menschen, so ist die Strafe in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 3 bis 7 lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren und in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 8 bis 10 Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren.

(4) In minder schweren Fällen des Absatzes 3 ist die Strafe bei einer Tat nach Absatz 1 Nr. 3 bis 7 Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren und bei einer Tat nach Absatz 1 Nr. 8 bis 10 Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren.

(5) Wer ein Verbrechen nach Absatz 1 in der Absicht begeht, ein institutionalisiertes Regime der systematischen Unterdrückung und Beherrschung einer rassischen Gruppe durch eine

andere aufrechtzuerhalten, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft, soweit nicht die Tat nach Absatz 1 oder Absatz 3 mit schwererer Strafe bedroht ist. In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren, soweit nicht die Tat nach Absatz 2 oder Absatz 4 mit schwererer Strafe bedroht ist.